الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
دام ظله

كتاب الوديعة والعارية

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٥٦
الوديعة
والعارية
دار
العلوم

الفقه

الجزء السادس والخمسون

الفِقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب
الوديعة - العارية

دار العلوم
للتحقيق والطباعة
والنشر والتوزيع

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان

كِتَابُ الوَدِيعَة

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ خَلْقِهِ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ، وَاللَّعْنَةُ الدَّائِمَةُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ إِلَى قِيَامِ يَوْمِ الدِّينِ.

(كتاب الوديعة)

والغالب أن يكون على اسلوب الشرائع ، وهي واحدة الودائع ، يقال : أودعته مالا أي دفعته اليه يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً اذا دفع اليك مالا يكون وديعة عندك فقبلتها وهو من الاضداد ، كذا قال بعضهم : لكن فيه نظر من وجوه :

الاول : ما ذكرناه في بعض مباحث الفقه وغيره من انه لادليل على انه يوجد في اللغة ألفاظ اضداد بل المادة اذا كانت واحدة دلت على المعنى العام المطرد في جميع الصيغ، مثلا قالوا : القرء بمعنى الطهر والحيض وهو من ألفاظ الاضداد، لكن الظاهر انه من قرء وهو الجمع ، ومنه القرائة بجمع الكلمات في اللفظ، وحيث ان في كل من الحيض والطهر جمع للدم في الاول وللرحم في الثاني قيل لكل قرء ، وهكذا سائر ألفاظ الاضداد .

الثاني : ان اختلاف اسم الفاعل و المفعول من الايداع بالمودع بالكسر والمودع عنده بالفتح يدل على عدم صحة ان أودعته لكليهما والالم يختلفا في اسمي الفاعل والمفعول فتأمل .

الثالث : ان تعريف الوديعة بواحدة الودايع دوري كما هو واضح ، اللهم

الاإذا اريد التقريب الى الذهن كما يكثر ذلك في اللغة حيث لايجدون علاجاً الاعن مثل ذلك في التعاريف ، ثم حيث ان المادة في الوديعة والوداع واحدة فالجامع ذهاب انسان وترك شيء من كلام أوبضاعة أونحوهما عند المفارق عنه، ولذا اذا ذهب ولم يقل له شيئاً لايقال ودعه، والانسان الوديع لسكون ريحه كأن الريح وديعة عنده لايتصرف فيها بخلاف المهتاج، وتاء الوديعة كتاء الوثيقة باعتبار الموصوف الذي هو العين .

وعلى اي حال فقد قال في الشرائع : والنظر في امور ثلاثة :

الاول : في العقد وهو استنابة في الحفظ .

أقول : حيث ان الوديعة بمعنى العين فقولهم كتاب الوديعة يراد به الكتاب المتعرض للعقد أوللمعنى الصادر من المودع ، أوللمعنى الصادر من المستودع عنده، أوللحقيقة الاعتبارية المتحققة بينهما، وحيث قد ألمعنا الى مثل ذلك في كتاب البيع فلا داعي الى تكراره ، لكن الظاهر انهم يريدون المعنى الاخير ، فتفسيره بالاستنابة لابد أن يراد به الاستنابة المتعقبة بالقبول و الا فصرف المعنى المتحقق من المودع دون قبول المستودع لايطلق عليه في العرف الوديعة .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر قائلا : الظاهر كون لفظ الوديعة كلفظ البيع والصلح والاجارة ونحوها، فيأتي البحث حينئذ في انها اسماء للعقود أولاثارها وغاياتها المترتبة عليها ، أوللمعنى الصادر من الموجد وهو النقل في البيع والاستنابة في الحفظ هنا والاصح الاخير ، أو ان مرجع الجميع الى معنى واحد ، والظاهر تحققها باللفظ وبالمعاطات المتحققة بالفعل أوالاشارة أوالكتابة لما ذكرناه في كتاب البيع من الدليل بعد وحدته في المقامين بل في سائر أقسام العقود أيضاً ، كما ألمعنا اليه هناك .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر : قد ذكرنا في بعض المباحث ان بعضهم ادعى حصول هذه الاسماء بواسطة العقد وغيره ، فالبيع مثلا يحصل بالعقد وغيره وهو المسمى في عرفهم بالمعاطات ، والظاهر ان الامر هنا عنده كذلك لاشتراكهما في دعوى السيرة القطعية على وقوعها بغير العقد على انها وديعة ، وان كان قد يقال بل يقوى ان مايقع بغير ماذكروه من عقدها المتوسع فيه وفي غيره من العقود الجائزة امانة لاوديعة بحيث يجرى عليه حكمها المختص بها كقبول دعوى الرد فيها ونحوه وان كان يطلق عليه اسم الوديعة تسامحاً أولعدم تمييز بين العنوانات الشرعية نحو اطلاقهم اسم البيع على أباحة العين من كل وجه بعوض عنها كذلك .

ثم ان الظاهر من تعريفهم العقد اختصاص مسماه بالالفاظ دون الافعال والمركب منها ومن الاقوال ، لكن قد يظهر من المصنف وجماعة بل هو صريح بعضهم تحقق العقد الجائز بالايجاب اللفظي والقبول الفعلي ولم نجد له شاهداً ، فان المتعارف من لفظ العقد تركيبه من الايجاب القولي والقبول القولي و ألفاظهما هي المسمات بصيغ العقود ، نعم لاينكر تحقق اسم الامانة مثلا بالمفروض وبغيره من الفعلين وذلك لايقتضي تحقق اسم العقد بل ولااسم الوديعة) .

ثم ان الوديعة من العقود لاالايقاعات بخلاف الاذن الذي هو ايقاع من طرف واحد ويبطل بابطال الاذن ، فانه اذا كان من باب الاذن ورفضه الطرف لم يسقط الاذن بخلاف ما اذا كان عقداً ، وربما يطلق الوديعة على ما يأخذه الانسان باذن الشارع لكن ذلك ليس من العقد في شيء ، كما انه اذا أخذه الانسان لاباذن الشارع ولا اذن المودع كالغصب أيضاً يطلق عليه الوديعة لاعتبار انه امانة عنده ، فالوديعة في هذين المقامين بمعناه اللغوي ، وكون الوديعة المذكورة في هذا الكتاب عقداً

يشهد له العرف ، فان كلا من العقد والايقاع ـ مما جعل الشارع له أحكاماً عامة لكل عقد بمثل ﴿اوفوا بالعقود﴾[١] أو لكل ايقاع ـ موضوعه يؤخذ من العرف وأحكامه يؤخذ من الشرع .

ولذا قال في الجواهر : لاخلاف ممن يعتد به ولا اشكال في اعتبار انشائية الربط بين الايجاب والقبول في الوديعة، مثلا سواء كانت بالاقوال أو الافعال نحو البيع والصلح والاجارة وغيرها من العقود لانها من الاذن والاباحة التي لم يلحظ فيها الربط بين القصدين والرضا من الطرفين نحو اباحة الطعام .

ثم ان الشرائع قال : ويفتقر الى ايجاب وقبول .

أقول : لكنا ذكرنا في كتابي البيع والنكاح امكان الايجابين ، فان كل واحد منهما ينشيء انشاءاً مرتبطاً بالانشاء الاخر، سواء كان في عرض واحد أو في الطول كالتسالم باللفظ أو المصافحة باليد ، أما قوله بعد ذلك (ويقع بكل عبارة دلت على معناه) فقد عرفت وجه ذلك في بعض الكتب السابقة لانه لادليل على عبارة خاصة ، سواء كان اللفظان حقيقيين أو مجازيين أو بالاختلاف .

وحيث لم يحتج الى اللفظ أصلا قال بعد ذلك :(ويكفي الفعل الدال على القبول) بل قد عرفت كفاية الفعل الدال على الايجاب أيضاً ، ولم يعرف وجه الغرابة والاغربية الذي ذكرهما الجواهر بقوله :.وظاهرهما الاكتفاء به في تحقق العقدية قالوا لكونه أصرح من اللفظ ويجب به الحفظ والضمان مع سببه بخلاف القول وأغرب من ذلك ماعن بعضهم من الاكتفاء بنحو ذلك في طرف الايجاب قياساً على الوكالة التي لم يثبت فيها ذلك .

---

(١) سورة المائدة : آية / ١ .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك أيضاً حيث قال: وأما الفعل فقدعرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت بـه الوديعة أم لانظراً الـى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لانها تصير وديعة شرعية .

ثم ان كفاية الايجاب بالفعل صرح به في مجمع البرهان والكفاية والرياض كما في مفتاح الكرامة وحكاه في الدروس عن التذكرة ، بل مقتضى مـاذكرناه كفاية كل شيء دال عليهما من قول أوفعل أوكتابة أواشارة أوغيرذلك ، والـذي منه انه لوقال : أودعني دابتك فأرسل اليه الدابة فانه تعد وديعة لها أحكامها ، لان العرف يراها ذلك فيشملها الادلة .

ثم ان جماعة من الفقهاء ذكروا ان على مشروعية الوديعة الادلة الاربعة، وذكروا من الكتاب قوله سبحانه : ﴿ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى أهلها﴾ [(١)] وقوله تعالى : ﴿ فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾ [(٢)] لكن في المناهل قديناقش في دلالة الايتين على المدعى بـأن وجوب رد الامانة لايستلزم مشروعيـة الوديعة وجوازها وان كانت فرداً من أفراد الامانة بوجه من الوجوه ، والالزم جواز الغصب لان المغصوب أمانة يجب ردها فتأمل . وهو كما ذكره .

نعم دلالة السنة والاجماع والعقل عليها لاغبار عليها، وقد روى العامة والخاصة انه ﷺ كانت عنده ودائـع لماكان في مكة لانهم يعدونه أميناً صادقاً فيستودعونه الامانة حتى بعد اظهاره النبوة ، فلما أراد الهجرة قال لعلي عليه السلام : ردها الى أهلها كما في التواريخ المشهورة [(٣)]، كما ان العامة رووا عن أبي بن كعب ـ كمافي التذكرة ـ

---

(١) سورة النساء : آية / ٥٨ .

(٢) سورة البقرة : آية / ٢٨٣ .

(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

ان النبي صلى الله عليه وآله قال : أدالامانة الى من ائتمنك ولاتخن من خانك (١)، لكن الاستدلال بذلك فيه ما عرفت .

وكيف كان فالروايات الناصة على لفظ الوديعة والتي تدل على لفظ الامانة التي هي أعم كثيرة :

فعن الحلبي ، عن أبي‌عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان (٢).

وعن زرارة قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن وديعة الذهب والفضة ؟ قال : فقال : كل ماكان من وديعة ولم تكن مضمونة لاتلزم (٣)، الى غيرهما .

أما الروايات الدالة على لفظ الامانة فهي فوق حدالتواتر :

فعن أبي كهمس قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : عبدالله بن أبي يعفور يقرئك السلام، قال : وعليك وعليه‌السلام، اذا أتيت‌عبدالله فأقرأه‌السلام وقل له : ان جعفر بن‌محمد يقول لك: انظر مابلغ به علي عند رسول‌الله صلى الله عليه وآله فألزمه فان علياً عليه السلام انما بلغ ما بلغ به عند رسول‌الله بصدق الحديث وأداء الامانة (٤).

وعن اسحاق بن عمار وغيره ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا تغتروا بكثرة صلاتهم ولابصيامهم فان‌الرجل ربمالهج‌بالصلاة والصوم حتى لوتركه استوحش لكن اختبروهم عندصدق الحديث وأداء الامانة (٥).

وفي رواية أخرى قال أبوعبدالله عليه السلام : لاتنظروا الى طول ركوع الرجل وسجوده فان ذلك شيء اعتاده فلوتركه استوحش لذلك ولكن انظروا الى‌صدق حديثه واداء أمانته (٦).

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من الوديعة ح ١٢ .
(٢ ـ ٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح ١ ـ ٤ .
(٤ ـ ٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٢١٨ الباب ١ من الوديعة ج ١ ـ ٣ .

وعن حنان بن سدير، عن أبيه ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قال أبوذر :سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله يقول : حافتا الصراط يوم القيامة الرحم والامانة فاذا مر الوصول للرحم المؤدى للامانة نفذ الى الجنة ، واذا مر الخائن للامانة القطوع للرحم لم ينفعه معهما عمل وتكفأ به الصراط في النار[1] ، الى غيرها من الروايات الكثيرة.

قال في الشرائع : ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها اذا لم يقبلها .

أقول : وهو مقتضى القاعدة، لان الوديعة أما شرعية وأما مالكية ، والوديعة الشرعية في المقام لادليل عليها، والوديعة المالكية عقد يتحقق بالايجاب والقبول، فكما لاتتحقق الوديعة بالقبول بدون الايجاب كذلك لاتتحقق بالايجاب دون القبول ، سواء كان القبول قولا أوفعلا أوكتابة أواشارة أوما أشبه ذلك ، فان لم يكن أي قبول لم تتحقق الوديعة .

ولافرق في عدم ضمان المطروحة عنده بين أن يترك الطارح الوديعة ويذهب أويبقى هناك ، كما لافرق في عدم ضمان الطرف اذا لم يقبلها بين أن يقول أويفعل شيئاً يزعم صاحب الوديعة انه قبلها أولا لان الزعم لايؤثر في الواقع .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المسالك حيث قال : يأثم ان كان ذهابه بعد ما غاب المالك لوجوب الحفظ من باب المعاونة على البر واعانة المحتاج فيكون واجباً على الكفاية .

فان قوله ذلك انما يصح فيما اذا حصلت الوديعة الشرعية لايجاب الشارع الحفظ في مثله لاهميته لامطلقاً ، وعليه فاشكال الجواهر على المسالك مطلقاً غير ظاهر ، فان الاشكال على بعض صوره على ماعرفت .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢١٩ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ٤ .

ثم حيث لم يدل دليل على لزوم تحقق القبول بعد الايجاب فوراً ، فاذا قبل الموضوع عنده بعد مدة صار بعد القبول وديعة ، فاذا تلف بعضه قبل ذلك وبعضه بعد ذلك بالتفريط ضمن البعض الذي حصل التفريط فيه بعد القبول .

والظاهر عدم اشتراط القبض في تحقق الوديعة وانما القبول وحده كاف ، سواء كان قبولا قولياً أو فعلياً بأقسام الفعلية من الاشارة والكتابة وغيرهما ، اذ لا دليل على ان القبض محقق للعقد فالاصل عدمه ، واذا أظهر القبول لفظاً ثم قال زعمت انه هدية والقبول كان لها لا للوديعة أو أخذها وقال بعد ذلك انه قبض مازعمه هدية أو نحوها لا الوديعة كان القول قوله لانه أعلم بنيته ، وليس عليه الا اليمين في مقام التنازع .

ولو قبلها بزعم انه هدية ثم قال المالك انه وديعة فاللازم أن يردها عليه لا أن يتركها وشأنها حتى يتلف لدليل على اليد ، فانه مطلق في كل يد تحققت ، سواء كان بزعم الهدية أو الهبة أو الوديعة أو الغصب أو غيرها الا ما خرج ، ولا دليل على خروج المقام حتى يكون تركها غير موجب للضمان .

ولو تركها عند نفرين فقبل أحدهما ضمن حصته ان قصد الحصة و ان قصد الكل فيما قصد المودع الاعم ضمن الكل تبعاً لكون الكل وديعة عنده ، ولو كانت الوديعة لاثنين فتركاها عند واحد فقبل ما لاحدهما دون الآخر صار وديعة بالنسبة الى المقبول دون غير المقبول ، ولو كان التارك طفلا أو مجنوناً لم تتحقق الوديعة وان قصد القبول ، وانما تكون أمانة شرعية ان لمسها أو كان من الواجب عليه حفظها على ما تقدم .

ولو كان المودع عنده صغيراً أو مجنونـاً أو ما أشبه لم تتحقق الوديعة ، وان قبلها لما سيأتي من اشتراط أن يكون كل واحـد من المودع و المستودع عنده

بالغاً عاقلا . قال الصادق عليه السلام كما في رواية الدعائم : من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعة فأتلفها فلاضمان عليه (١)، الى غيرذلك من الشرائط .

ومما ذكرناه يظهر وجه النظر في الادلة التي أقامها بعضهم كما في المناهل وغيره على وجوب الحفظ وانه يصبح وديعة مثل قولهم : انه أحوط ، ومثل ما تمسك به في التذكرة من انه لوكان قادراً على الحفظ واثقاً بأمانة نفسه ولم يكن هناك غيره فالاقوى انه يجب عليه القبول لانه من المصالح العامة ، ومثل ان القبول اعانة على البر فيجب لعموم قوله تعالى : ﴿ تعاونوا على البر والتقوى ﴾ (٢) .

وان ترك القبول اضرار بالغير وهو غيرجائز لعموم قوله صلى الله عليه وآله : لاضرر ولا ضرار (٣)، وان العمومات الدالة على وجوب قضاء حاجة المؤمن يشمل المقام خرج منها بعض الافراد ، ولادليل على خروج محل البحث منها فيبقى مندرجاً تحتها ، الى غيرذلك من الوجوه الضعيفة التي لاتتمكن مقاومة تسلط الناس على أنفسهم ، و ان الغير لايتمكن من خرق هذه السلطة الا بدليل شرعي و هو مفقود في المقام .

ثم قال الشرائع : وكذا لو اكره على قبضها لم تصر وديعة ولايضمنها لو أهمل وهو كما ذكره ، وقد ذهب الى ذلك كل من النافع والقواعد والارشاد والتحرير واللمعة والروضة والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية وغيرهم على ما حكى عن بعضهم لان شرط صحة الوديعة القبول اختياراً للادلة العامة ، بل عن الرياض نفي الخلاف فيه وذلك لانه لايتحقق عقودكم المستفاد من قوله سبحانه :

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٤ .
(٢) سورة المائدة : آية / ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموت ح ٣ و ٥ .

﴿اوفوا بالعقود﴾[1] الابالاختيار والالجرى مثل ذلك في جميع العقود والايقاعات وهو مقطوع العدم .

هذابالاضافة الى دليل رفع الاكراه وغيره كما انه لو اكره المودع على الايداع وهو لايريده لايتحقق بذلك الوديعة ، وان ادعى أحدهما الاكراه فليس عليه الا اليمين لانه أعلم بنيته وقصده .

ثم ان المسالك قال: يجب تقييد ما في المتن بما اذا لم يضع يده عليها بعد زوال الاكراه مختاراً ، فانه حينئذ يجب عليه الحفظ باليد الجديدة وان لم يجب بالاكراه ، وهل يصير بذلك وديعة أم أمانة شرعية ؟ يحتمل الاول لان المالك قد أذن له واستنابه في الحفظ غايته انه لم يتحقق معه الوديعة لعدم القبول الاختياري وقد حصل الان ، والمقارنة بين الايجاب والقبول غير لازمة ، ومن الغاء الشارع ماوقع سابقاً فلا يترتب عليه أثر ويشكل بأن الغائه بالنظر الى القابض لابالنظر الى المالك، ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنية الاستيداع وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول اعطاءاً لكل واحد حكمه الاصلي) .

لكن مقتضى القاعدة انه ان بقي الايجاب وقصد القبول كان وديعة مالكية لتحقق ركني العقد فيما نحن فيه، وان لم يبق الايجاب ووضع يده عليها باعتبار ارادته الغصب أو نحو ذلك كما اذا زعم انه مات وهو وارثه فوضع يده عليه باعتبار انه أرثه أو ما اشبه ذلك فهو أمانة شرعية .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في الرياض حيث قال : وكذا لو اكره على القبض لم يضمن مطلقاً الامع الاتلاف أو وضع يده عليه بعد ذلك مختاراً فيضمن

---

(١) سورة المائدة : آية / ١ .

حينئذ جداً لعموم الخبر المتقدم ، وهل تصير بذلك حينئذ وديعة لايجب ردها الامع طلب المالك أومن يقوم مقامه أوأمانة شرعية يجب ايصالها الى المستحق فوراً وبدونه يضمن مطلقاً؟ وجهان ، الى أن قال : والاول لايخلو من وجه وان كان الثاني أوجه .

ثم لافرق في الاكراه بين المودع والمستودع وبين أن يكون المكره بالكسر أحدهما أوالثالث ، كما لافرق بين الاكراه والالجاء ، نعم الاضطرار غير مناف لتحقق الوديعة كعدم منافاته لتحقق سائر العقود، ولذا لو اضطر الى بيع داره لمعالجة ولده صح البيع لماذكرناه في بعض مباحث الفقه من ان الشارع لورفعه في أمثال المقام لزم جعل الشارع المضطر أكثر اضطراراً وهومعلوم العدم لمنافاته للامتنان الظاهر من دليل الرفع .

وعلى أي حال فان كان المودع مضطراً لم يكن دليل على الوجوب على المستودع نعم اذا كان شيئاً يريد الشارع حفظه وجب على المستودع عيناً أو كفاية اذا كانوا جماعة .

ومنه يعلم وجه النظر في قول المناهل حيث قال : اذا اكره المودع المستودع على قبولها وكان المودع مضطراً الى الايداع فصرح في الروضة بأنه يجب على المستودع اعانته عليه فيجب عليه القبول والحفظ ويضمن بتركه ومقتضى اطلاقها عدم الفرق بين صورتي انحصار من يصلح لحفظ الوديعة في المستودع وعدمه وفيه نظر، بل الظاهر عدم الوجوب في الصورة الاخيرة، وأما الوجوب في الاولى ففيه اشكال فلاينبغي ترك الاحتياط .

اللهم الا اذا أراد الاحتياط المستحب كما هو ظاهر قوله لاينبغي ، و ان كان الفقهاء يذكرون لاينبغي في مورد المنع وفي موردالكراهة معاً حسب معناه اللغوي

الذي هو أعم منهما ومن المستحيل كما قال سبحانه : ﴿ وما ينبغي للرحمان أن يتخذ ولدا ﴾[1] .

كما منه يظهر وجه النظر في قول الجواهر : لوكان المودع و المستودع مكرهين يجب على المستودع حينئذ الحفظ باعتبار استيلاء اليد لالكونها وديعة، بل قد يقال بوجوب الحفظ عليه من هذه الحيثية حتى في صورة اكراه المستودع اوالمودع خصوصاً مع كون المكره أجنبياً ، و خصوصاً مع كون وجوب حفظ مال الغير من المعاونة على البر) .

فانه لم يعلم وجه الاصل ولاالخصوصية بعد ماعرفت من رفع الاكراه وان ذلك مناف لسلطنة الناس على أنفسهم ، ولو قبل الوديعة ثم ادعى انه كان مكرهاً فلم تحصل الوديعة المالكية لم يقبل قوله لاصالة الصحة في العقود ، الا أن يثبت بالدليل خلافه كما هو كذلك في سائر المعاملات ، نعم لوعلم من نفسه انه كان مكرهاً صح على نفسه ترتيب آثار الاكراه، وكذلك بالنسبة الى كل من علم بذلك، ولوشك في انه كان مكرهاً حين أخذها أولا فالاصل يقتضي الصحة على ماحقق في كتاب البيع وغيره .

والظاهر اشتراط امكان حفظ الوديعة بأن يكون المستودع في طاقته الحفظ، فلو أودعه مالا في محل اللصوص بحيث لايتمكن من حفظه قطعاً ، أوحيواناً في المأسدة بما ليس من طاقته الحفظ ، أو أودعه مالا في محل السيل أو البركان أو ما أشبه ذلك مما يتعذر حفظ الوديعة في مثله لم يكن من الوديعة في شيء ، فلا يضمن، وليس أمانة شرعية أيضاً لان الشارع لايكلف الانسان فوق طاقته قال سبحانه:

---

(١) سورة مريم : آية / ٩٢ .

﴿ لا يكلف الله نفساً الا وسعها ﴾[١] و قال سبحانه : ﴿ ربنا ولا تحملنا ما لا طاقة لنا به ﴾[٢] .

أما اذا كان عسراً أو حرجاً وقد قبله فهو وديعة مالكية لجواز ان يتحمل الانسان العسر الا اذا كان من العسر غير الجائز تحمله كما ذكروا تفصيل ذلك في القسمين من الصوم حيث انه اذا كان عسراً لايجوز تحمله بطل وان كان عسراً يجوز تحمله صح .

ومنه يعلم حال ما اذا كان القبول ضررياً حيث يفرق بين الضرر الحرام تحمله والضرر الجائز تحمله فيكون في الثاني وديعة دون الاول .

ثم قال الشرائع: واذا استودع وجب عليه الحفظ، والمراد به الاستيداع مع القبول كما هو واضح ، اذ قد عرفت انه بدون القبول لايجب عليه شيء كما ان ذلك انما هو فيما اذا دخلت الوديعة تحت يده لا ما اذا اجرى العقد فقط بدون تسليم المودع الوديعة للمستودع ، وقد صرح بوجوب الحفظ غير واحد من الفقهاء كما حكى عن الغنية والنافع والتبصرة والارشاد والقواعد والتحرير واللمعة والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده ، بل يمكن تحصيل الاجماع عليه مضافاً الى ما في عدمه من الخيانة المحرمة كتاباً وعقلا والسنة المتواترة واجماعاً بقسميه ، والى كونه مقدمة لوجوب اداء الامانة وردها الى مالكها ولاينافي ذلك جواز الوديعة، فان المراد ما دام مستودعاً أو التخيير بينه وبين الرد الى المالك).
قال سبحانه : ﴿والذين هم لاماناتهم وعهدهم راعون﴾[٣] .

---

(١) و (٢) سورة البقرة : آية / ٢٨٦ .
(٣) سورة المؤمنون : آية / ٨ .

وروى الهمداني قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : ثلاث لاعذر لاحد فيها: أداء الامانة الى البر والفاجر ، والوفاء بالعهد للبر والفاجر ، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين[١].

وعن عنبسة بن مصعب ، عن أبي عبدالله عليه السلام نحوه الا انه قال : لم يجعل الله لاحد من الناس فيهن رخصة[٢].

وعن عمر بن أبي حفص قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : اتقوا الله وعليكم باداء الامانة الى من ائتمنكم ، فلو أن قاتل علي ائتمنني على امانة لاديتها اليه[٣].

وعن أبي شبل قال : قال لي أبو عبدالله عليه السلام : ابتداءاً منه احببتمونا وابغضنا الناس (الى أن قال) : فاتقوا الله فانكم في هدنة وأدوا الامانة فاذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما أطعتمونا فاتقوا الله وأدوا الامانة الى الاسود والابيض وان كان حرورياً وان كان شامياً[٤].

وعن عبدالله القرشي ان رجلا قال لابي عبدالله عليه السلام : الناصب يحل لي اغتياله ؟ قال : أد الامانة الى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو الى قاتل الحسين عليه السلام[٥].

وعن الحسين الشباني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة ؟ فقال عليه السلام : أدوا الامانة الى أهلها وان كانوا مجوساً فان ذلك لايكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم[٦].

---

(١) و (٢) و (٣) الوسائل : ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح ١ وذيله و ٢ .

(٤) و (٥) و (٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من الوديعة ح ٣ ـ ٥ .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام : أدوا الامانة ولو الى قاتل ولد الانبياء[١].

وعن الحسين بن أبي العلاء ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الله عزوجل لم يبعث نبياً الا بصدق الحديث وأداء الامانة الى البر والفاجر[٢].

وعن عمار بن مروان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام في وصيته له : اعلم ان ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني واستشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت الامانة[٣].

وعن محمد بن القاسم قال : سألت أبا الحسن يعني موسى عليه السلام عن رجل استودع رجلا مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لايعطيه شيئاً ولايقدر له على شيء والرجل الذي استودعه خبيث خارجى فلم أدع شيئاً ؟ فقال لي : قل له : يرد عليه فانه ائتمنه عليه بأمانة الله ، قلت : فرجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً انها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها؟ قال : ليمنعها أشد المنع فانها باعته مالم تملك[٤].

أقول : وذيل الحديث غير الامانة كما هو واضح .

وعن محمد بن علي الحلبي قال: استودعني رجل من موالى آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدرما أصنع بالدنانير فأتيت أباعبدالله عليه السلام فذكرت ذلك له وقلت له : أنت أحق بها ، فقال : لا ان أبي كان يقول : انما نحن فيهم بمنزلة هدنة نؤدى أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم فاذا تفرقت الاهواء لم يسع أحداً المقام[٥].

---

(١) و(٢) و (٣) الوسائل : ج ١٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح ٦ ـ ٧ ـ ٨ .

(٤) و(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من الوديعة ح ٩ ـ ١٠ .

وعن الاعمش، عن جعفر بن محمد عليهما السلام في حديث في الامانة (الى أن قال): دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الامانة الى البر والفاجر وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبة وحسن الجوار[(١)].

وعن الحسين بن مصعب قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد عليهما السلام يقول: أدوا الامانة ولو الى قاتل الحسين بن علي عليهما السلام[(٢)].

وعن أبي حمزة الثمالي قال: سمعت سيد العابدين علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليهم السلام يقول لشيعته: عليكم بأداء الامانة فوالذي بعث محمداً بالحق نبياً لو أن قاتل أبي الحسين بن علي عليهما السلام ائتمنني على السيف الذي قتله به لاديته اليه[(٣)].

وفي حديث الاربعمائة عن علي عليه السلام قال: أدوا الفريضة والامانة الى من ائتمنكم ولو الى قتلة أولاد الانبياء[(٤)]. الى غيرها من الروايات الكثيرة وان كان في دلالة بعضها تأمل.

ثم الظاهر ان الوجوب غيري لانفسي لانه هو المتفاهم عرفاً، فاذا لم يحفظ الامانة لكنه أداها في الوقت المناسب لم يفعل حراماً يزيل عدالته بخلاف ما اذا قلنا بكونه واجباً نفسياً فانه يكون عاصياً خارجاً عن العدالة غير مقبول الشهادة ولاصالح للامامة.

ومنه يظهر الاشكال في اشكال المناهل في المسألة حيث قال: المسألة محل اشكال من اطلاق كلام الاصحاب بوجوب الحفظ ودعوى الاجماع والاصل في

---

(١) و (٢) و (٣) و (٤) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٤ الباب٢ من كتاب الوديعة ح ١١ و١٢ و١٣ و١٤ .

الوجوب أن يكون نفسياً ومن شيوع استعمال لفظ الوجوب في كلامهم في الشرطي بحيث صار من المجازات الراجحة المساوي احتمالها لاحتمال الحقيقة أو صار من الافراد الشائعة التي لاينصرف اليها الاطلاق، فلايبقي لكلامهم ظهور في ارادة النفسي فيبقى اصالة البراءة عنه المؤيدة بخلو الاخبار وكلام الاصحاب عن الاشارة اليه سليمة عن المعارض ، وكيف كان فالاحوط هو الاول) .

ثم لو قلنا بأن الوجوب نفسي فلا دليل على ان الترك من الكبائر ، ويؤيد ما ذكرناه من الغيرية ما رواه الفقيه عن الحسين بن زيد ، عن الصادق ، عن آبائه عليهم السلام ، عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي انه نهى عن الخيانة وقال : من خان أمانة في الدنيا ولم يردها الى أهلها ثم أدركه الموت مات على غير ملتي ويلقى الله وهو عليه غضبان ، ومن اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذي خانها ،[(١)] فان قوله صلى الله عليه وآله ولم يردها مما هو تفسير لخان ظاهر في ان المعيار الرد ، ويؤيده ان صدق الحديث الذي ذكر في سياقه هو عبارة عن الصدق واقعاً وعدم الصدق واقعاً لاعن غير ذلك ، فالخيانة أيضاً مثل ذلك .

نعم ربما يقال انه يصدق خان فيما اذا تركها في معرض الضياع ،كما اذا أودع عنده فتاة فتركها عند الفسقة وان لم ينالوها بسوء من باب الاتفاق ، أو ترك الشاة المودعة عنده في المذئبة وهكذا .

ولايخفى ان وديعة الانسان أيضاً من جملة الودائع ، فعن حفص بن قرط قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : امرأة بالمدينة كان الناس يضعون عندها الجواري

---

(١) الوسائل : ج ١٣ الباب ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح ٢ .

فيصلحن وقلنا ما رأينا مثل ما صب عليها من الرزق ؟ قال: انها صدقت الحديث وأدت الامانة وذلك يجلب الرزق[1].

وعلى أي حال فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول المسالك : من ان قبول الوديعة الذي يتفرع عليه حكم الحفظ قد يكون واجباً كما اذا كان المودع مضطراً الى الاستيداع ، فانه يجب على كل قادر عليها واثقاً بالحفظ قبولها منه كفاية ، ولو لم يوجد غير واحد تعين عليه الوجوب، وفي هذين الفردين وجوب الحفظ واضح ، وقد يكون مستحباً مع قدرته وثقته من نفسه بالامانة وكون المودع غير مضطر لما فيه من المعاونة على البر الذي أقل مراتب الامر به الاستحباب وقضاء حوائج الاخوان ، وقد يكون محرماً كما اذا كان عاجزاً عن الحفظ أو غير واثق من نفسه بالامانة بما فيه من التعرض للتفريط في مال الغير وهو محرم .

ومثله ما لو تضمن القبول ضرراً على المستودع في نفسه أو ماله أو بعض المؤمنين ونحو ذلك ، وبهذا التقسيم يظهر وجوب الحفظ وعدمه) .

اذ قد ظهر مما تقدم عدم استقامة الاطلاق في الامثلة التي ذكرها وان كان بعضها صحيحاً في الجملة ، كما ان اطلاق قول الجواهر عليه بأنه قد يناقش في أصل الوجوب فيما فرضه لاصالة برائة الذمة من وجوب حفظ مال الغير ، محل نظر لانه ربما يجب حفظ مال الغير فيما اذا كان مالاكثيراً لايريد الشارع ضياعه وكذلك فيما اذا كانت الوديعة بنتاً أو ولداً حيث يجب حفظهما من الضياع والفساد .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢١٩ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ٥ .

ومنه يعلم وجه الكلام في قول مفتاح الكرامة : قضية اطلاق الفتاوي قاطبة انه متى قبل وجب عليه الحفظ،سواء وجب عليه القبول عيناً أوكفاية أو استحب له أوحرم عليه، كما اذا حرم عليه القبول لكونه لايثق من نفسه وقدقبل فوجوب الحفظ في الاول ظاهر، وأما ان كان له فيه على نفسه أو غيره ضرر فانه يجب عليه ردها، ولو أبقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمنها كالامانة الشرعية كما اذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده .

ثم لايخفى انه ان قصد القربة في أخذ الامانة وحفظها أثيب والا فلا يجب قصد القربة للاصل ، بل في المناهل ظهور الاتفاق على عدم وجوب قصد القربة ولا يبعد ذلك لانهم لم يتعرضوا لقصد القربة ، بينما اذا كان واجباً تعرضوا له .

ثم قال في المناهل : لايجب عليه الحفظ الى أن يسترجع المالك لان له أن يردها عليه متى شاء ، لان الوديعة من العقود الجائزة فهو واجب ما دامت عنده وهو كما ذكره ، نعم اذا كانت الوديعة ضمن شرط في عقد لازم وجب .

ثم قال المناهل: صرح في المسالك والكفاية والرياض بأنه لافرق في وجوب الحفظ بين علم المودع بأن المستودع لاحرز له أولا ، فلو أودعه دابة مع علمه بأن المستودع لااصطبل له ، أو مالا مع علمه بأنه لاصندوق له لم يكن عذراً ، ويضمن مع عدم الحفظ وهو جيد ، وصرح في الاخيرين بأنه لافرق في ذلك بين الحرز المملوك للمستودع وغيره وهو أيضاً جيد .

ولو حفظه في مكان مغصوب فتلف من غير تعد ولا تفريط فالاقرب عدم الضمان ، وفرعه الثاني والثالث واضح ، أما فرعه الاول فيمكن أن يقال بعدم الضمان لان المالك اذا علم بأنه لاحرز له فهو سبب عرفاً ، فاذا كان أقوى من المباشر لم يكن عليه شيء ، بل في تحقق عقد الوديعة حينئذ تأمل ، فاذا أودعه

فتاة وهو لايتمكن من حفظها وهناك فساق يأخذونها قهراً على أي حال فهل يقال انه خان في الوديعة والامانة ، وهل يقال ان المستودع السبب وكذلك المال والشاة في محل السراق والمذئبة ؟ وظاهر دليل اليد اليد القادرة لااليد العاجزة.

ثم قال الشرائع : ولايلزمه دركها لو تلفت من غير تفريط أو أخذت منه قهراً ، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه بل الاجماع بقسميه عليه ، مضافاً الى الاصل وقاعدة الائتمان المعلوم من الكتاب والسنة والاجماع والعقل عدم استتباعها الضمان .

أقول : قد نقل هذا القول عن المراسم والغنية والنافع والتحرير والتذكرة والارشاد والروضة ومجمع الفائدة والرياض وغيرها ، وقد استدلوا له بقوله سبحانه : ﴿لايكلف الله نفساً الا وسعها﴾[١] وقوله سبحانه : ﴿لايكلف الله نفساً الا ما آتاها﴾[٢] وقوله سبحانه : ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[٣] .

بالاضافة الى دليل العقل والاجماع الذي قد عرفت لعدم الخلاف فيه وجملة من الروايات : مثل ما عن التذكرة حيث قال : هذا الحكم منقول عن علي عليه السلام وابن مسعود وجابر ولم يظهر مخالف لهم .

وخبر الحلبي الموصوف بالحسن تارة وبالصحة أخرى عن أبي عبدالله عليه السلام قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان[٤].

وخبر زرارة المتصف بالحسن والصحة أيضاً قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام

---

(١) سورة البقرة : آية / ٢٨٦ .

(٢) سورة الطلاق : آية / ٧ .

(٣) سورة التوبة : آية / ٩ .

(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ١ .

عن وديعة الذهب والفضة ؟ قال : فقال : كل ما كان من وديعة لم تكن مضمونة فلا يلزم[١].

وخبر اسحاق بن عمار الذي عده جملة من الفقهاء وغيرهم من الموثق قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت فقال الرجل الذي كانت عندي وديعة وقال الاخر انها كانت عليك قرضاً ؟ قال : المال لازم له الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة[٢].

ورواية محمد بن مسلم الموصوفة بالصحة وغيرها عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً[٣].

وصحيح الحلبي أو حسنه ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرق ؟ قال : هو مؤتمن[٤].

وعن التذكرة قال: روى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: ليس على المستودع ضمان ، وقال : من أودع وديعة فلا ضمان عليه[٥].

وعن الجعفريات بسند الائمة الى علي بن أبي طالب عليهم السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ليس على المستودع ضمان[٦].

وعن دعائم الاسلام ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع ثم تلفت أو سقطت منه قبل ان يحرزها أو ضلت

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح ١ .
(٣) انظر الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٥
(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٢ .
(٥) و(٦) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من الوديعة ح (٣ و ١)

أو نسيها أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلا ضمان عليه.[(١)]

وعنه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ليس على المستودع ضمان.[(٢)]

وعنه عليه السلام انه قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان.[(٣)]

وعن أمير المؤمنين عليه السلام انه قال: ليس على المؤتمن ضمان.[(٤)]

وعن جعفر بن محمد عليهما السلام انه قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان والقول قول المودع اذا قال ذهبت الوديعة وان اتهم استحلف.[(٥)]

ويؤيده مارواه الامدي، عن أمير المؤمنين عليه السلام انه قال: أد الامانة اذا ائتمنت ولا تتهم غيرك اذا ائتمنته فانه لاايمان لمن لاأمانة له.[(٦)]

أما قول الصادق عليه السلام: من استودع عبد أو وديعة فأتلفها فلا ضمان عليه،[(٧)] فالظاهر ان المراد ان الاتلاف كان عنده لاانه أتلفها، لان الاتلاف يكون مضموناً بلا اشكال ولاخلاف، أما الضمان مع التفريط أو التعدي فلا اشكال فيه ولاخلاف أيضاً، وهو مقتضى دليل اليد بعد ان الخارج ما اذا لم يخن، والتعدي والتفريط يعدان من الخيانة بلا اشكال.

هذا مضافاً الى مكاتبة محمدبن الحسن الى أبي محمد عليه السلام قال: رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها من ملكه؟ فوقع عليه السلام: هو ضامن انشاء الله.[(٨)]

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) المستدرك: ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ١ و٢ و٣ وذيله و٤.

(٥) و(٦) و(٧) المستدرك: ج ٣ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١ و٧ و٥.

(٨) الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ١.

وفي صحيحة الفضل بن عبدالملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الاخر ؟ قال : نعم ، قلت : أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة ؟ قال : نعم ، قلت : أو دابتين فهلك أحديهما أيكون حقه في الاخرى ؟ قال : نعم ، قلت : أو متاعاً فهلك من طول ماتركه أو طعاماً ففسد أو غلاماً فأصابه جدري فعمى أو ثياباً تركها مطوية لم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت ؟ قال : هذا نحو واحد يكون حقه عليه[(١)]. كذا في الفقيه .

ومن ذيل الحديث يتبين ان اصابة الجدري الغلام كان بسببه أو كان بامكانه الدواءِ فلم يداو .

ومنه يعلم وجه النظر في شبهة جامع المدارك في التفريط حيث قال: يمكن أن يقال لانسلم صدق الخيانة مع التفريط فهل ترى ان من ترك نشر الثوب لحفظه لعدم القدرة يكون خائناً معذوراً من جهة عدم القدرة ، أو ترى الفرق بين صورة القدرة وعدمها في صدق الخيانة ؟

هذا كله في الوديعة العقدية، أما الوديعة المغصوبة ونحوها فالظاهر الضمان وان لم يتعد ولم يفرط ، وذلك لصدق دليل اليد بدون شمول أدلة الائتمان ،كما اذا أخذ شاة الناس قهراً عليهم وحفظها لكن عقرباً لدغتها فماتت أو خرب سقف المراح عليها فهلكت حيث يصدق دليل اليد ودليل عدم الضمان منصرف .

واليه أشار الجواهر بقوله : نعم لو كان هو الساعي في أخذها قهراً منه توجه الضمان حينئذ لصدق الخيانة والتفريط معه ، بل ربما ظهر من ثاني المحققين

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح ١ .

الضمان بمجرد اخباره بها وان لم يكن على وجه السعاية ، ومن آخر ذلك أيضاً باخبار اللص وان لم يعين له مكانها الا اذا صادفها اللص مصادفة، خلافاً لمحكى التذكرة فلم يضمنه مع عدم تعيين المكان بخلاف ما اذا عينه .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله بعد ذلك : والتحقيق الحكم ببرائة ذمة الامين وخصوصاً الودعي مع الشك في تحقق سبب الضمان ولو المشك في الاندراج تحت ما جعله عنواناً له من التعدي والتفريط ، لان عموم ما على اليد ونحوه مخصص بقاعدة الائتمان ، وبذلك حينئذ ظهر لك المعيار الذي يرجع عليه في جميع هذه الافراد وهو المراد من الفقيه تحريره لاخصوص الجزئيات التي لاانضباط لمشخصاتها الحالية وغيرها) .

مع انه نوع تدافع بين كلاميه حيث عنون أولا أخذهاقهراً منه ، وثانياً قوله مخصص بقاعدة الائتمان وليس هنا ائتمان .

ثم ان التعدي والتفريط أمران متقابلان، أما قول القواعد في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير فالظاهر ان مراده الاعم والا فالتقصير بمعنى السلب لايشمل التعدي بمعنى الايجاب ، وقد فهم مفتاح الكرامة ذلك منه حيث قال : الوديعة تستتبع أمرين: الضمان عند التلف والرد عند البقاء، لكن الضمان لايجب على الاطلاق بل انما يجب عند وجود أحد أسبابه وينظمها شيء واحد وهو التقصير ، ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالاجماع .

ولذا قال في المناهل : لااشكال ولاشبهة في ان المستودع يضمن بالتعدي أو التفريط، وقد صرح بضمانه بهما في الشرائع واللمعة والروضة والكفاية والرياض، وقد صرح فيه بنفي الخلاف في ذلك، والمراد بالتعدي مخالفة المالك فيما أمره به وفعل مايوجب تركه ،كما صرح به في التنقيح والمسالك والكفاية والرياض،

والمراد بالتفريط هو أن يقتصر في الحفظ عادة ويترك ما يجب فعله كما صرح به في التنقيح والمسالك والروضة والكفاية والرياض وفيه وضابطه ما يعد تفريطاً.

وصرح في القواعد والتحرير والتذكرة بأن سبب الضمان واحد وهو التقصير).

وان كان فيه تأمل لان المراد بالتعدي أعم من مخالفة المالك، كما ان ماذكره الرياض من ان ضابطه ما يعد تفريطاً فيه تأمل أيضاً، اذ ليس التفريط في رواية أو آية حتى يكون هو المحور بل الخيانة.

وعلى أي حال فالاصل عدم الضمان الا ما خرج، فلو شك في الخروج كان المتبع الاصل، أما ما في بعض النصوص من عدم ضمان الثوب المرهون اذا تلف بترك نشره فهو مؤّل او محل الإعراض عن العمل به كما ذكره غير واحد.

وربما يقال ان التعدي والتفريط انما هو اذا كان ولو بدون الحرمة، كما اذا نسي الوديعة ففسدت أو رمى الحيوان الذي يريد افتراس الشاة فأصاب الشاة أو نحو ذلك اذهما واقعيان لاعلميان، فليس من العذر أن يقول نسيت أو ما أشبه، نعم تظهر الثمرة بين العذر وغيره في العتاب والسقوط عن العدالة وماأشبه فتأمل.

ثم انه لافرق في الاخذ من المودع عنده قهراً بين أن يكون الاخذ بالجاء أو باضطرار أوباكراه أو في حال نومه أونحوذلك، سواء تولى الظالم أخذهامن يده أو أمره بدفعها اليه بنفسه فدفعها اليه وذلك لصدق الاضطرار والاكراه والجبر ونحوه في كلتا الصورتين، ولاضمان عليه في هذه الصور وانما الضمان على الظالم فليس للمالك حينئذ مطالبته بوجه من الوجوه.

وهذا هو المنسوب الى المشهور والمخالف في المسألة على ما حكى أبو الصلاح وابن المكارم والفاضل في التذكرة والتحرير فجوزوا رجوع المالك اليه

مع مباشرته الدفع بنفسه الى من أمره الظالم ، وعللوه بأنه باشر تسليم مال الغير بيده فيشمله عموم على اليد، لكن قالوا بأن قرار الضمان على والظالم ، لايخفى ما في الدليل المذكور لانه ليس بتفريط ولاتعدي ، وليس عمله هذا منافياً لدليل الائتمان وليس من الخيانة ونحوها ، وقد تقدم ان دليل اليد لايشمل مثل المقام ، ولذا أشكل عليهم الجواهر بأنه مناف لاطلاق ما دل على عدم ضمانه مما عرفت بل لقاعدة الاحسان وغيرها التي قد عرفت تحكيمها على قاعدة اليد .

ومنه يعلم الحال فيما اذا قصده الحيوان المفترس فأطلقه أو سحبه الحيوان المفترس من يده وكذلك اذا جرف به السيل أو نحو ذلك من الافات التي لايسمى ذلك خيانة أو تفريطاً أو ما أشبه ، فانه لاضمان عليه ولافرق بين أن يأمره الظالم بتسليمه له أو أمره باتلافه أو تسليمه الى حيوان مفترس أو شخص آخر أو ما أشبه ذلك لما عرفت من الملاك بعد عدم شمول دليل اليد .

فقول الجواهر لااشكال في رجوعه لو أمره بمباشرة اتلافه بنفسه ولو على جهة الانتفاع به لقاعدة الاتلاف التى لم يثبت تخصيصها بقاعدة الائتمان ، لكن من جهة قوة السبب هنا على المباشر كان قرار الضمان عليه لأصل جواز الرجوع، غير ظاهر الوجه .

اذ أي فرق بين اتلافه بأمر الغاصب أو تسليمه الى الغاصب ، وقوله بعد ذلك ماعساه يقال بأنه مناف لقاعدة عدم ضمان الامين بغير تعدى وتفريط وخصوصاً الوديعة يدفعه ان ذلك منزل على التلف في غير الفرض ، اذ لم يعرف وجه التنزيل المذكور بعد ان لم يكن ذلك بتعد أو تفريط أو خيانة أو ما أشبه مما يسبب الضمان .

ومن ذلك يظهر ضعف قول الفاضل بناءاً على ان تسليمها الى الظالم من

أقسام الاتلاف أيضاً ، ومنها يعلم الحال فيما اذا أتلفه لوجوبه عليه شرعاً ، كما اذا قدم الحمار للاسد المريد افتراس القافلة ويعرض عنها بتقديم الحمار اليه ، أو القى الوديعة في البحر لنجات الركاب ، واحتمال انه ضامن لانه من الجمع بين الدليلين كأكل المخمصة غير ظاهر بعد ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾ [(١)] وماتقدم.

ولافرق في الاكراه بين أن يكون اكراهاً فردياً أو اجوائياً كما ذكرناه تفصيلا في [كتاب الاقتصاد] كأن أمر الظالم بأن يسلموا الشياة اليه في ظرف اسبوعين مثلا وقد هيء الاجواء بتوهين واهانة الناس من تكون عنده شاة ، فانه وان لم يكرهه بشخصه الا ان مع عدم التسليم يكون الشخص مهاناً من الناس بما يعسر عليه تحمله، وحيث قد ذكرنا كثيراً من مسائل الاكراه في الطلاق وغيره فلا داعي الى تكرارها ، فان المعيار في الجميع واحد .

ولو زعم الاكراه بأن كان المكره قد ذهب وقد أمرهم بالقاء أمتعتهم في البحر ولم يعلم المستودع بذهاب المكره فألقاها فيه فالظاهر انه من الاكراه أيضاً اذا رآه العرف ذلك ، فان الانسان مأمور بأن يفعل ما يأتي بنظره لابالواقع ، كما ذكرنا مثل ذلك في التصرف في مال الصغير وانه من الاصلاح اذا كان اصلاحاً بنظره ، فلا يقال ان الالفاظ موضوعة للمعاني الواقعية لا الخيالية .

وعليه يحمل ما رواه ابن اسحاق قال : كان لي ابن وكانت تصيبه الحصاة فقيل لي ليس له علاج الا أن تبطه فبططته فمات فقالت الشيعة شركت في دم ابنك قال: فكتبت الى أبي الحسن صاحب العسكر عليه السلام فوقع عليه السلام : يا أحمد ليس عليك فيما فعلت شيء انما التمست الدواء وكان أجله فيما فعلت [(٢)].

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٢١٢ الباب ٩٧ من أبواب أحكام الاولاد من كتاب النكاح ح ١ .

ومماذكريعلمأحكامهذاالبابالذي هوسيال فيغيره أيضاً ،كمالوأمره بضرب أو قتل بعض فضرب أو قتل حيث لم يكـن ضامناً حتى في القتل ، فيما اذا كان هنـاك أهم ومهم بما اذا لم يقتله مثلا قتل جماعة مما يرجح الشارع ذاك عليه ، ولوخيره المكره بين اعطاء ما لنفسه أو الوديعة فان أعطاها له لم يستبعد عدم الضمان أيضاً ، لان الاكراه على الكلي اكراه على كل فرد منه ،كما اذا اكرهه على طلاق احدى زوجتيه فان طلاقه لكل واحدة منهما يقع باطلا لانه اكراهي، أما ان توجه الاكراه الى مال الوديعة فانه منالاكراه قطعاً وانكان بالامكان صرفه الى مال نفسه .

ولو اكره المرأة على أن تعطيه الوديعة أو ينكحها متعة مثلا فأعطت كان من الاكراه وان أمكن فرارها مناعطاء الوديعة الىمتعة نفسها التي هي محللة، اللهم اذا كانت عندها من العاديات .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : نعم لو تمكن من الدفع اللائق بـه وجب بلا خلاف أجده فيه لانه مقدمة للحفظ المأمور به علـى جهة الاطلاق ، وحينئذ لو لم يفعل ذلك مع قدرته عليه ضمن لانه تفريط حينئذ، وكذا لو أمكن الدفع ببعضها فلم يفعللكن الظاهر ضمانه ما يزيد علىماينـدفع به منها لاللجميع وان احتمل التفريط ، الا انه واضح الضعف لان بعض المدفوع واجب علـى التقديرين ، وهوكما ذكراه .

ومما تقدم يعلم انه اذا توقف الدفع على اختفائه وجب الاختفاء ،كما عـن القواعد والتذكـرة والايضاح وجامـع المقاصد والروضة والمسالك ومجمـع الفائدة لا لانالحفظ واجب مقدمة، بل لانه مقتضىالاستيمان فعدمه خيانة ويشمله دليل اليد .

نعم لو ترتب على الاختفاء ضرر عرفي أو عسر لم يجب، فاحتمال بعض عدم وجوب الاختفاء مطلقاً معللين بأنه ضرر على المستودع ضعيف، وحيث قد عرفت عدم الفرق بين دفع الكل أو البعض فيما اذا اندفع الظالم بدفع البعض حيث لاضمان تعرف ما في الرياض من الفرق بينهما بكونه بأمر الشارع على الاول وبدونه على الثاني وهو فرق واضح ، وان هي الاكما لو فرط فيها فتلف بغيره وقد قالوا فيها بضمانها مع انها ذاهبة على التقديرين فتأمل .

ولذا أشكل عليه الجواهر بقوله : يدفعه انها عند الشارع كالوديعتين التي أراد الظالم أخذهما وكان يمكن دفعه باعطاءِ أحدهما فلم يفعل ، فانه لاريب في ضمانه الثانية ، فان الاولى ذاهبة على كل حال منضمة الى الاخرى أو مستقلة ، فالتفريط حينئذ في الثانية لافيهما معاً) .

ولو توقف دفع الظالم على بذل شيء من مال نفسه أو وقته مماله ثمن أوما أشبه ذلك ، فالظاهر انه يجب عليه ذلك ويأخذ من المودع ، وذلك جمعاً بين دليل حفظ الامانة ودليل عدم الضرر .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في المناهل حيث قال : ولو توقف الدفع على بذل المستودع مالا من نفسه ولم يكن فيه ضرر عليه فهل يجب ذلك عليه أولا ؟ صرح بالثاني في الروضة وفيه اشكال والاحوط الاول ، بل لايخلو عن قوة، فلو دفع بأن تبرع به فلا رجوع له على المالك ، وكذلك ان قلنا بعدم وجوب الدفع كما صرح به في الروضة ، وان لم يتبرع به بل نوى حين الدفع الرجوع على المالك فهل يستحقه حينئذ أولا ؟ فيه اشكال ومراعات الاحتياط أولى وان كان الثاني في غاية القوة ، اذ لم يعرف وجه القوة فيما ذكره بعد ما عرفت من ان الدفع والاخذ مقتضى الجمع بين الدليلين .

نعم اندفع لم يكن له الحق أن يأخذ من الوديعة اذا لم يرض المالك بذلك وأراد الدفع من غيرها ، اذ غاية الامر وجوب تدارك ضرره ، ولايتحقق بهذا بخصوصه وانما هو كلي يكون التخيير فيه بيد المالك .

ومما تقدم يعرف قوة ما في جامع المقاصد انه لايبعد القول بوجوب مصانعة الظالم بشيء يرجع به على المالك ، وقد مال اليه في الرياض لوجوب الحفظ فيجب مالايتم الا به ، والضرر يندفع بنية الرجوع على المالك مع فرض عدم التمكن من استئذانه أو وليه ، لكنك قد عرفت انه ليس من باب المقدمة بل من باب الوجوب النفسي .

وعلى أي حال فاشكال الجواهر عليهما بقوله لم أقف في النصوص على ما يدل على وجوب الحفظ على جهة الاطلاق ، وان صرح به في المسالك ، اللهم الا أن يكون اجماعاً ولم نتحققه ، والامر بأداء الامانة يراد منه عدم الخيانة كما لايخفى على من لاحظ نصوصه ، فهو حينئذ بالنسبة الى المال واجب مشروط للاصل ، ولو سلم فالمتجه وجوب بذل مالايضر بحاله من المال كغيره من تكاليفه المطلقة ، ولا يرجع به على المالك لان دفعه حينئذ مقدمة لامتثال تكليفه نحو غيره من الافعال التي يفعلها مقدمة للحفظ ، ولايرجع باجرة المثل في شيء منها) . غير ظاهر الوجه .

وكيف كان فيعلم مما تقدم انه لو تمكن من دفع الظالم بجعل واسطة كما هو متعارف بالنسبة الى الظلمة فيما يقبلون الوسائط وجب ذلك ، فلو تركها كان من الخيانة وضمن ، كما انه اذا تمكن من دفع الظالم بالشكاية الى الحاكم وجبت عليه ، وكذلك اذا تمكن التوسل بشخص قوي فلم يفعل .

ثم قال الشرائع : ولايجب تحمل الضرر الكثير بالدفع كالجرح وأخذ المال .

أقول : تقييد الشرائع الضرر بالكثير لانه يجب تحمل الضرر اليسير الذي لو لم يتحمله رأى العرف انه لم يعمل بمقتضى الامانة وانما خان فيها ، أما ماأشكل عليه الجواهر بأن ما عساه يظهر من المصنف من كون مطلق أخذ المال وان قل ضرر كثير واضح المنع، فلم يعرف وجهه لان الشرائع لم يقل ان مطلق أخذ المال ضرر كثير ، بل قال لايجب تحمل الضرر الكثير وبينهما فرق واضح .

ولو تمكن من دفع الظالم بتسليم المال الى المودع وجب ، فاذا لم يفعل ذلك كان ضامناً له وضعاً كما انه يكون خيانة تكليفاً ، ولو توقف دفع الظالم على كذب أو غيبة أو جرح أو ما أشبه فاللازم ملاحظة الاهم والمهم من ترك الواجب أو فعل الحرام .

ولايخفى ان المركوز في أذهان المتشرعة أهمية حفظ الوديعة من غيبة أو كذب أو نحوهما ، أما الجرح فيختلف من جهة الاهمية ، فاللازم أن يراعى الاهم من الامرين ، ولو كانا متساويين تخير بينهما ، فاذا سلمه الى الظالم من جهة التخيير لم يكن ضمان .

ومنه يعلم انه لو لم يدفع المال الى الظالم انتهك عرض نفسه أو زوجته أو بنته أو اخته أو ما أشبه وجب عليه الدفع ولم يكن ضمان، لان هتك العرض أهم في نظر الشارع من دفع المال .

ومما تقدم يظهر موضع القبول والرد في قول مناهج المتقين : لو أراد الظالم أخذها منه ، فان لم يتمكن من دفعه فلاضمان عليه سواء انتزعها الظالم منه قهراً أو أجبره على الدفع بنفسه اليه على الاظهر .

نعم ان كان آخذ الظالم لها عن تفريطه أو تعديه كاخراجها من الموضع الذي عينه المودع أو اعلامه الظالم بوجودها على وجه عد مفرطاً عرفاً ضمن ، ولو تمكن المستودع من دفع الظالم وجب عليه دفعه ولو أهمل ضمن ، ولو أمكن حفظ بعضها ببذل البعض الاخر وجب ولو أهمل ضمن البعض الممكن حفظه دون الجميع على الاظهر .

ولو توقف حفظ الوديعة على بذل شيء من ماله جاز له الدفع بقصد الرجوع على المودع فيرجع اليه بذلك ، وهل يجب عليه ذلك ؟ فيه تردد ، والعدم أشبه .

ولو توقف الحفظ على بيع البعض لدفع ثمنه الى الظالم أو على بيع الكل ودفع بعض الثمن اليه جاز باذن الحاكم مع امكانه ومطلقاً مع تعذر استيذان الحاكم أو تعسره ، ولو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرر كالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع) .

اذ قد عرفت ما في الفروع الثلاثة الاخيرة من الاشكال .

ولو كانت الوديعة حيواناً يصيح مما يخبر اللصوص بمكانهم أو العدو أو نحو ذلك جاز قتل الحيوان لحفظ النفس أو المال الكثير أو ما أشبه ذلك ، واذا دار الامر حينئذ بين ذبحه حتى يكون حلالا يبقى بعضه للمالك لان للمذبوح ثمناً وبين قتله حيث لايبقى للمالك شيء لحرمته بالقتل قدم الاول ، والا كان ضامناً لما يمكن ابقائه .

ثم ان المسالك قال : ان كان المطلوب الذي لايندفع عنها بدونه بقدرها لم يجب بذله قطعاً لانتفاء الفائدة ، لكن لو بذله بنية الرجوع به هل يرجع ؟ يحتمله لان الوديعة لولاه ذاهبة فيكون بذله قدرها كبذلها ، وعدمه لان القدر المأذون فيه

شرعاً ما يترتب عليه مصلحة المالك وهو هيهنا منتف ، فلايكون شرعياً .

وعلى هذا فيمكن عدم الرجوع بجميعه لما ذكر أو بجزءٍ منه لينتصر عنها وتترتب الفائدة ، اذ الفرض عدم امكان ما قصر عنه ويبعد كونه يرجع بمقدار ما ينقص عن قدرها بدرهم مثلا ولايرجع بشيء أصلا مما يساويها ، فان غير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي تنتفي الفائدة معه لا جميع المبذول، ولم أقف في هذا الحكم على شيءٍ فينبغي تحريره) .

أقول : مقتضى القاعدة ملاحظة ما يسمى حفظاً للامانة وأدائها قال سبحانه: ﴿ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها﴾ (١) الى غير ذلك من الادلة .

واذا كان المالك يريد العين ولو بأضعاف قيمتها لانها ذكرى من أبيه أو لجهة أخرى نحو كونها تربة قبر الحسين عليه الصلاة والسلام التي يعتز بها ويشفى مرضاه بسببها ، أو كان قرآناً من خط كبير من الكبراء ، أو كتاباً خطياً أو نحو ذلك لزم على المستودع بذل المال والا كان خائناً ، وربما لايكون كذلك فيلاحظ القيمة ، وكذلك بالنسبة الى وديعة العرض لانه ليس الدهم قيمة البضع أو الدية الى غير ذلك ، وكأن نظر المسالك الى غير ما ذكرناه والا كان محل نظر .

وقد أشار الى ذلك الجواهر بقوله : قد يقال : ان الوديعة ان كانت عيناً كفرس وكتاب ونحوهما يمكن تعلق غرض المودع بها عيناً فلاريب في ان المتجه جواز الرجوع وان بذل تمام القيمة ، أما اذا لم تكن كذلك فلعل المدار على عدم المفسدة على المودع لا اعتبار للمصلحة فيرجع حينئذ على التقديرين بتمام ما بذل وان كان مستوعباً) .

---

(١) سورة النساء : آية / ٥٨ .

ثم ان توقف حفظ الوديعة على الكذب جاز بل وجب والا كان ضامناً لانه يعد من التفريط ، والكذب في مثله ليس بحرام لانصراف أدلته عنه ، بل الادلة على خلافه من انه لاكذب في الاصلاح ، والمركوز في أذهان المتشرعة أهمية حفظ الوديعة من غيبة أوكذب أو ما أشبه ، أما الجرح فيختلف من جهة الاهمية على ما تقدم، فاطلاق جماعة كمناهج المتقين بأنه لو توقف دفع الظالم عنها على تحمل ضرركالجرح وتلف المال ونحوهما لم يجب الدفع ، غير ظاهر الوجه .

ثم انه لا اشكال ولاخلاف في جواز الحلف للظالم لنجات الوديعة ، وفي الشرائع : ولو أنكرها فطولب باليمين ظلماً جاز الحلف مورياً بما يخرج به عن الكذب ، لكن الظاهر عدم وجوب التورية لاطلاق الادلة في الحلف في هذه المقامات .

وقد صرح بجواز الحلف في المقام المحكى عن الغنية والنافع والتذكرة والقواعد والتحرير والتبصرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وغيرهم ، واستدلوا لذلك بالاضافة الى تصريح جماعة منهم بالاجماع بالاتفاق بما دل على نفي الحرج من الادلة الاربعة وما دل على عدم الضرر والضرار وقوله سبحانه : ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾[1] وقوله سبحانه : ﴿تعاونوا على البر والتقوى﴾[2] وبأن الحلف مما لا يتم الواجب به وهو دفع الامانة الى أهلها ، ومالايتم الواجب الا به واجب فيكون جائزاً ، بالاضافة الى اصالة الاباحة وغيرها والعمدة هي الروايات المتواترة :

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

(٢) سورة المائدة : آية / ٢ .

مثل ما رواه اسماعيل بن سعد الاشعري ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال : سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف ؟ قال : لاجناح عليه.(١)

وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجو به منه ؟ قال : لا جناح عليه . وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله ؟ قال : نعم.(٢)

وعن أبي الصباح قال: والله لقد قال لي جعفر بن محمد عليهما السلام : أن الله علم نبيه التنزيل والتأويل فعلمه رسول الله علياً، قال : وعلمنا والله ، ثم قال : ما عملتم من شيء أو حلفتم عليه من يمين في تقية فأنتم منه في سعة.(٣) بضميمة شمول التقية لمثل المقام أيضاً .

وعن يونس ، عن بعض أصحابه ، عن أحدهما عليهما السلام في رجل حلف تقية ؟ فقال : ان خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك ، فان لم تر ان ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم.(٤)

وعن زرارة قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : نمر بالمال على العشار فيطلبون منا أن نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولايرضون منا الا بذلك ؟ قال: فاحلف لهم فهو أحلى من التمر والزبد.(٥)

وعن الصدوق قال أبو عبدالله عليه السلام : التقية في كل ضرورة وصاحبها أعلم بها حين تنزل به.(٦)

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) الوسائل : ج ١٦ ص ١٣٤ الباب ١٢ من كتاب الايمان ح ١ وذيله و٢ و٣ و٦ و٧ .

وعن الحلبي انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحلف لصاحب العشور يحرز بذلك ماله ؟ قال : نعم(١).

وعن الصادق عليه السلام: اليمين على وجهين (الى أن قال) : فأما الذي يوجر عليها الرجل اذا حلف كاذباً ولم تلزمه الكفارة فهو أن يحلف الرجل في خلاص امرءٍ مسلم أوخلاص ماله من متعد يتعدى عليه من لص أو غيره(٢).

وعن معاذ بياع الاكسية قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : انا نستحلف بالطلاق والعتاق فما ترى احلف لهم؟ فقال : احلف لهم بما أرادوا اذا خفت(٣).

وعن معمر بن يحيى قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : ان معي بضائع للناس ونحن نمر بها على هؤلاء العشار فيحلفون عليها فنحلف لهم ؟ فقال : وددت اني أقدر على أن أجيز أموال المسلمين كلها وأحلف عليها ،كلما خاف المؤمن على نفسه في ضرورة فله فيه التقية(٤).

وعن اسماعيل الجعفي قال : قلت لابي جعفر عليه السلام : أمر بالعشار ومعي المال فيستحلفوني فان حلفت تركوني وان لم أحلف فتشوني وظلموني ؟ فقال :احلف لهم ، قلت: ان حلفوني بالطلاق ؟ قال: فاحلف لهم ، قلت : فان المال لا يكون لي؟ قال: تتقي مال أخيك(٥).

وعن سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا حلف الرجل تقية لم يضره اذا هو اكره واضطر اليه . وقال : ليس شيءٍ مما حرم الله الا وقد أحله لمن اضطر اليه(٦).

وعن الحضرمي قال : قلت لابى عبد الله عليه السلام : نحلف لصاحب العشور نجيز بذلك مالنا ؟ قال : نعم(٧).

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) و(٧) الوسائل : ج ١٦ ص ١٣٥ الباب ١٢ من كتاب الايمان ح ٨ و٩ و١٣ و١٦ و١٧ و١٨ و١٩ .

الى غيرها من الروايات، وأنت ترى انه لم يذكر في هذه الروايات الكثيرة التورية فلادليل عليها وان ذهب اليها غير واحد من الفقهاء .

قال في المناهل : وهل يجب عليه التورية في حلفه بما يخرج عن الكذب حينئذ بأن يحلف ما استودع من فلان ويخصه بوقت أو جنس أو مكان أو نحوها مغاير لما استودعه كما صرح به في الروضة والرياض أو لايجب ذلك ؟ المعتمد هو الاول كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو ظاهر الغنية والنافع والشرائع والقواعد والتبصرة والارشاد والتحرير ومجمع الفائدة والكفاية والرياض .

ولذا قال في مناهج المتقين : ولو ترك التورية وحلف كاذباً لم يأثم مع العجز عنها ، بل ومع المكنة منها أيضاً على الاظهر، ثم انك قد عرفت عدم الفرق بين الكذب وغيره من المحرمات اذا كان هناك أهم ومهم ، وعدم ذكرهم غيره من المحرمات لان الكذب هو الغالب .

ثم لو ترك الحلف حيث وجب عليه فأخذها الظالم ضمنها ، كما صرح به في جامع المقاصد والمسالك والكفاية وغيرها لانه يعد تفريطاً في الوديعة، والظاهر ان الحلف واجب تخييري لا انه مستحب ولا واجب عيناً، اذ يخير بين أن يعطى بدل الوديعة أو أن يحلف لحفظها فيما اذا لم يكن غرض المودع العين والاوجب الحلف تعييناً .

لايقال : اللازم الوجوب مطلقاً لان في ترك الحلف اعانة للظالم .

لانه يقال : احترام اسم الله سبحانه وتعالى أن لايحلف به أهم من ذلك ، ولذا لم يحلف الامام السجاد عليه الصلاة والسلام في قصة الخارجية وخسر أربعمائة

دينار[١]، كما ان احتمال وجوب أن يرد الوديعة على كل حال خلاف المرتكز في كثير من الودائع ولبعض الروايات الخاصة :

مثل ما رواه حبيب الخثعمي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير أذن ؟ فقال : لايأخذ الا أن يكون له وفاء، قال : قلت : أرأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال : نعم[٢].

وعن عبدالله بن الحسن ، عن جده علي بن جعفر ، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج اليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير أذن صاحبها؟ فقال عليه السلام: اذا كان عنده وفاء فلابأس أن يأخذ ويرد[٣].

وروى السرائر نقلا عن جامع البزنطي صاحب الرضا عليه الصلاة والسلام قال : سألته وذكر مثله .

ومنه يعلم لزوم حمل كلام القائل بالوجوب على ما ذكرناه والا كان محل تأمل .

قال في المناهل : هل الحلف حينئذ يتصف بالوجوب أولا بل لايتصف الا بالجواز ؟ المعتمد هو الاول كما صرح به في اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو ظاهر النافع والتبصرة ولهم أولا : ظهور الاتفاق عليه . وثانياً : ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك من ان الواجب وهو حفظ الوديعة يتوقف عليه فيكون واجباً ، لان ما لايتم الواجب الا به فهو واجب) .

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ١١٧ الباب (٢) من كتاب الايمان ح ١ .

(٢) و (٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١ و ٢ .

لكنك قد عرفت انه واجب نفسي لاواجب غيري، واذا لم يكن يعلم جواز الحلف فلم يحلف ، فان عد عرفاً مفرطاً في عدم علمه ضمن والا لم يضمن لادلة ان الامين مؤتمن ، ثم انه يستثنى مما ذكرناه من التخيير ما اذا لم يجز وصول الوديعة الى الغاصب شرعاً، كما اذا كانت جارية أو ولداً في معرض خطر تعدي الغاصب أو في معرض ذهاب النسب أو ما أشبه ذلك ، أو كان قرآناً والغاصب كافر الى غير ذلك .

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع: الوديعة عقد جائز من طرفيه، وفي الجواهر بلا اشكال ولا خلاف بل الاجماع بتسميه عليه وهو الحجة في تخصيص الاية وغيرها من أدلة اللزوم ، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (جائزة من الطرفين) كما طفحت به عباراتهم ، وقد حكى عليه الاجماع في التذكرة ، ونفى عنه الخلاف في المسالك ومجمع البرهان والكفاية بل هو ضروري .

أقول : وكذلك حكى الرياض عدم الخلاف فيه، وفي المناهل ظهور الاتفاق عليه ، أما استدلال التذكرة عليه بقوله لانه قد تقدم انه توكيل خاص والوكالة جائزة من الطرفين ، فلا يخفى ما فيه لان خروج العقد عن اوفوا بالعقود يحتاج الى الدليل ، ولاشك ان الوديعة العقدية داخلة في اوفوا بالعقود على عمومه انما المخرج هو الاجماع الذي لاشك فيه ، نعم الوديعة غير العقدية داخلة في الامانة والامانة لاتلزم .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وحينئذ فيبطل بموت كل منهما وبجنونه واغمائه ونحو ذلك مما يخرج به ماله عن ملكه أو ولايته عنه ، كما هو الشأن في نحوه من العقود الجائزة للاجماع أو لانه بالموت ينتقل المال عن المودع ، كما انه لاعقد مع وارث الودعى فلا يجوز بقائه على حكم الوديعة وبالجنون مثلا ونحوه تنتقل ولاية تصرفه الى غيره، ولاعقد مع غير الودعى، فلعله لذلك كانت الاهلية معتبرة فيهما في الابتداء والاستدامة .

أقول : لادليل على ان الاغماء مبطل فالاصل بقائه، نعم لو كان الاغماء طويلا كان اللازم ما ذكروه ، كما ان النوم والسكر لايوجبان البطلان الا اذا طالا على خلاف المتعارف وذلك لاصالة البقاء مع الشك في النقض ، أما في الطويل منها فلانتقال الولاية على ما تقدم فاطلاق القول بابطال الاغماء غير ظاهر الدليل ، أما

ادعاء الجواهر الاجماع على الاطلاق الذي ذكره فلا يخفى ما فيه ، اذ الظاهر انه لا اجماع في المسألة .

قال في مفتاح الكرامة عند قول القواعد : وتبطل بموت كل واحد وبجنونه واغمائه وبعزله نفسه ما، هذا لفظه كما هو الشأن في العقود الجائزة والامر فيه واضح، ولذلك تركه الاكثر فتبطل بالاربعة المذكورة، فاذا اتفق أحدالثلاثة في المودع وجب ردها الى وارثه أو وليه أو الاعلام على اختلاف الرأيين) .

اذ منه يظهر عدم تعرض الاكثر له ، فكيف يدعى الاجماع في مثله بالاضافة الى انه مع تسليم الصغرى فهومحتمل الاستناد، بل هو الظاهر ومثله ليس بحجة.

وعلى أي حال فاذا اتفق الموت والجنون والاغماء والسكر والنوم ونحوه مماذكرنا انه يبطل الوديعة في المستودع يجب على الولي والوارث اعلام المودع أو ايصال المال اليه، ثم سواءٍ بطلت الوديعة من جهة المودع أو من جهة المستودع لما ذكر ، أو لانه فسخها وعزل نفسه عنها ، أو من جهة ثالثة تكون العين حينئذ في يد الودعى أمانة شرعية ، وذلك لعدم تحقق الوديعة حينئذ فهو مال الغير في يده بدون أذن مالكي ، ومثل ذلك يكون من الامانة الشرعية لان الشارع أمر بحفظ الامانة وردها الى أهلها قال سبحانه : ﴿ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها﴾[1] .

وكذلك حال من استولى على الوديعة بدون أن يكون ودعياً ،كما اذا مات الودعى فورثه الوارث أو هرب من جهة مظلمة أو ما أشبه مما له حق الهروب أولا فبقيت في يد انسان أجنبي عن الطرفين فيلحقها حكم غيرها من الامانات

---

(١) سورة النساء : آية / ٥٨ .

الشرعية من وجوب ردها الى مالكها أو ولي أمره أو اعلام أحدهما على وجه المبادرة العرفية لانه هو مقتضى دليل رد الامانة الملقى الى العرف .

والظاهر انه يحق له أن يردها الى وكيل المالك سواءٍ كان وكيلا عاماً أو خاصاً وتبرءِ بذلك ذمته، وقد حكي ذلك عن التذكرة والقواعد واللمعة والروضة والمسالك والكفاية وغيرها ، وفي المناهل هو متفق عليه فهو مخير في الرد الى المالك أو الوكيل ،كما صرح به في الروضة وغيرها الا أن يكون الوكيل خاصاً في غير مثل هذا الشأن حيث انه كالاجنبي في الرد اليه .

والظاهر انه ان تمكن من الرد الى أحدهما في موضع جواز الرد الى الوكيل على ما تقدم لم يصح الرد الى الحاكم أو الثقة ، واذا رد الى أحدهما ضمن كما عن التذكرة والروضة والمسالك وغيرهم ، بل في المناهل الظاهر انه مما لاخلاف فيه ، وقد صرح بنفيه في الرياض واحتج عليه فيه ، وفي التذكرة والمسالك بأن الحاكم والامين لاولاية لهما على الحاضر الرشيد، فاحتمال جواز الرد الى الحاكم أو وكيله لانه بمنزلة وكيل المالك كما ذكره بعض العامة ، غير ظاهر الوجه .

نعم اذا لم يتمكن من الرد الى المالك أو وكيله ونحوه رده الى الحاكم لانه الولي العام، واذا لم يمكن الحاكم رده الى الثقة لقوله عليه الصلاة والسلام: (ان كان مثلك ومثل عبدالحميد فلابأس)[1] ولغيره، لكن ربما يقال في هذه الصورة بأنه مخير بين الابقاء عند نفسه وبين اعطائه الثقة لعدم تفاوت الامر بينهما بعد عدم وجود دليل خاص للرد على الثقة وهذا أقرب .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢ .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المناهل حيث قال : لذا تمكن من حفظها ولم يتمكن من الرد الى المالك أو وكيله وتمكن من الرد الى الحاكم والثقة فلا يجوز له الرد اليهما حينئذ، ويضمن لو رداليهما كما في اللمعة والروضة والمسالك والكفاية والرياض، بل الظاهر انه ممالاخلاف فيه ، وقدصرح بنفيه في الرياض، والمسالك حكاه عن الاصحاب قائلا : انه لايعلم فيه خلاف واحتج عليه فيه ، وفي الرياض بالتزامه بالحفظ بنفسه فلا يبرء الا بدفعها الى المالك أو وكيله مع ان المالك لم يرض بيد غيره ولاضرورة الى اخراجها من يده فليحفظها الى أن يجدهما أو يتجدد له عذر) .

اذ الدليل المذكور لايفي بنفي اعطائها الحاكم بعد كونه ولياً عاماً ، بل لو حفظها ولم يدفعها اليه كان محل اشكال لما عرفت، وأي فرق بين الوكيل الخاص في مورده والولي العام في مورده .

ثم اذا مات المودع وظهر الوارث سلم الى كل واحد حصته اذا كان متعدداً، واذا كان واحداً معيناً سلمه الوديعة كلا ، فاذا سلم الوديعة الى بعضهم مع وجود الورثة الاخرين بأنفسهم أو بأوليائهم كما اذا كانوا صغاراً مثلا لم تبرء ذمته لانه من ايصال المال الى غير مستحقه ، أما اذا لم يعلم الوارث أو علم به لكنه لم يعلم انه منحصر أو متعدد أو ما أشبه ذلك من المحاذير فاللازم عليه أن يسلمه الى الحاكم الشرعي باعتباره الولي العام أو الصبر الى أن يظهر الوارث بخصوصياته.

لايقال :كيف يسلمه الى الحاكم مع علمه الاجمالي بالوارث ؟

لانه يقال : ان المقام من موارد شئون الحاكم ، حيث ان الودعى سقط عن كونه طرف العقد ، ولا دليل على لزوم حفظه المال بضميمة ان الحاكم ولي عام فهو يسلمه اليه كما انه يسلمه الى الوكيل للورثة اذا كان هناك وكيل لهم ، نعم

اذا كان هناك وكيل لهم كان مقدماً على الحاكم على ما عرفت .

ثم لو كان تأخيرها في صورة موت المودع لعدم العلم بانحصار الوارث المعلوم كونه وارثاً أو للشك في كونه وارثاً ولم يكن حاكم يرجع اليه ففي المسالك الاقوى عدم الضمان خصوصاً مع الشك في كون الموجود وارثاً لاصالة عدمه، وأما مع العلم بكونه وارثاً فالاصل أيضاً عدم استحقاقه جميع المال ، والعلم بكونه مستحقاً في الجملة لايقتضي انحصار الحق فيه واصالة عدم وارث آخر معارض بالاصل المزبور فيبقى الحكم في القابض ووجوب البحث عن المستحق كنظائره من الحقوق .

ومثله يأتي فيما لو أقر بمال المورث زيد ، فانه لايؤمر بتسليم جميع المقر به اليه الا بعد البحث حتى لو ادعى انحصار حق الارث في الموجود مع الجهل ففي جواز تمكينه من دفعه اليه وجهان من اعترافه بانحصار الحق فيه فيلزم بالدفع اليه ، ومن انه اقرار في حق الغير حيث يمكن مشاركة غيره له فيه (الى أن قال): ولو أخر تسليم الوديعة الى الوارث ليبحث عن وصية الميت أو أقراره بدين ونحوه فالاقرب الضمان لاصالة عدمه بخلاف الوارث .

أقول : الامانة الشرعية تقتضي ايصالها الى أصحابها حسب الموازين العرفية المستفادة من ﴿ان الله يأمركم﴾ (١) ومن الواضح ان العرف يرى لزوم الفحص عن أصل الوارث في قبال عدمه الذي يكون المال من نصيب الحاكم الشرعي باعتباره سهم الامام عليه الصلاة والسلام، أو عن وحدته وتعدده، أو عن دين للميت

---

(١) سورة النساء : آية / ٥٨ .

المقدم على الارث وعدمه الى غير ذلك ، ولامجال للاصل في هذه المقامات فانه أصيل حيث لادليل .

والى ما ذكرناه أشار الجواهر حيث قال : له التروى والبحث دفعاً لضرر الغرامة عن نفسه لالمعارضة اصالة عدم وارث آخر باصالة عدم استحقاقه الجميع ضرورة وروده عليه وانقطاعه به على انه لم يتضح لنا الفرق بين احتمال الوارث واحتمال الوصية الذي ذكره أخيراً ، فالمدار والمدرك حينئذ ما عرفت ولاعبرة بالاحتمالات الخارجة عن مذاق العقلاء كما هو واضح) .

ثم لو فحص وظهر له ان لادين عليه أو لاوصية له وان الوارث واحد أو انه فلان أو ما أشبه ذلك فعمل بما ظهر له ثم تبين خلافه، فهل يضمن ؟ يحتمل العدم لانه عمل حسب تكليفه ودليل الامانة لايقتضي أكثر من ذلك ، اللهم الا أن يقال انه من ايصال الحق الى غير أهله ، وجهله لايرفع الضمان وان رفع العقاب فهو كما اذا اشتبه فسلم مال زيد لعمرو وهذا أقرب الى الصناعة .

ثم الظاهر انه اذا وجب على المستودع الدفع الى الحاكم وجب على الحاكم القبول لانه منصوب لمثل ذلك من أموال القصر والغيب ونحوهما ، ومن ذلك يظهر وجه النظر في التوقف أو القول بعدم الوجوب عليه .

قال في المناهل : اذا وجب على المستودع اعطاء الوديعة للحاكم فهل يجب على الحاكم قبولها مطلقاً ولو تمكن المستودع من اعطائها للثقة الامين أو لايجب عليه القبول مع تمكن المستودع من اعطائها له؟ صرح بالاول في التذكرة والقواعد والايضاح وجامع المقاصد والمسالك، ويظهر من التحرير والكفاية والرياض التوقف ، ومن مجمع الفائدة عدم وجوب القبول وهو الاقرب لاصالة البرائة المؤيدة بأنه لو وجب عليه القبول للزم العسر والحرج والاصل عدمهما فتأمل ،

وبأنه لو وجب عليه القبول لاشتهر بل و تواتر لتوفر الدواعي عليه والتالي باطل، فالمقدم مثله فتأمل) .

وأنت خبير بأن الصناعة مع التأمل لامع ماذكره من الادلة غير الدالة على مدعاه .

ثم اذا لم يكن حاكم شرعي مبسوط اليد فان قبلها غير مبسوط اليد كفى لانه منصوب شرعاً ، وان لم ينفذ نصبه الناس ، وان لم يقبلها فهل يسلمها الى الحاكم غير الشرعي كما في الحال الحاضر الذي صار حكام بلاد الاسلام غير شرعيين أو الى الثقة ؟ لااشكال في تقديم الثاني مع الكفاية، بل قد عرفت انه مخير بين نفسه وبين الثقة اذا كانا متساويين في الحفظ والاقدم الاحفظ منهما ، وان لم يقبل الثقة لانه لايطمئن بتمكنه من الحفظ سلمها الى الحاكم العرفي من جهة انها محفوظة عنده من باب الاضطرار كما ذكروا مثل ذلك في الرجوع اليه عند الاضطرار في المرافعات ونحوها .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : وتحفظ الوديعة بما جرت العادة بحفظها كالثوب والكتب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح أو مايجري مجرى ذلك .

أقول : الضابط حفظ الوديعة بماجرت العادة بحفظها على ذلك النحو كما هو الضابط في كل مالا حد له في الشرع الذي منه ما نحن فيه ، فان الموضوع يؤخذ من العرف والحكم يؤخذ من الشرع لوضوح كون الوديعة استنابة في الحفظ ، وليس له في الشرع حد مخصوص فلا مناص من الرجوع اليهم في حفظ هذه الوديعة على وجه لايعد الودعى مضيعاً أو مفرطاً أو متعدياً أو خائناً أو مهملا أو ما أشبه ذلك .

ومن الواضح ان الحفظ يختلف باختلاف المستودع والمودع والزمان والمكان والوديعة وغيرها ، فاستيداع الدابة في البادية مما لاتربط الدابة فيها الا في الصحراء حفظ لها اذا ربطها على الوجه المتعارف عندهم ، بما ليس كذلك في المدينة حيث الاصطبل ونحوه ، وكذلك بالنسبة الى سائر الاشياء التي تودع عند أهل البادية أوعند أهل الحضر، ولو اختلف التعارف بين المالك والمستودع فاللازم ملاحظة رؤية العرف ان اللازم أيهما في هذه الصورة ،كما انه لولم يكن العرف مع أيهما فهو مخير بينهما.

ولو تجدد نوع جديد من الحفظ لزم اتباعه ، مثلا كان المال الكثير في بلد لامصارف له يوضع في الصندوق ثم تجدد فيه المصارف مما يكون أحفظ فانه يلزم عليه اخراجه من الصندوق الى المصرف ، الى غير ذلك من الامثلة .

وفي بعض الاحيان يستلزم الحفظ تبديل نفس المال، كما اذا تغيرت الحكومة

مما كان النقد معرضاً للتبدل فان الحفظ يقتضي تبديله الى النقد الجديد ، الى غير ذلك .

ثم لو تصرف في الوديعة بنية حسن لكن بعمل سيء ، كما اذا مرض الحيوان فأعطاه دواءاً بزعم انه حسن لكنه كان مهلكاً فهل الاعتبار بالنية أو بالعمل؟ احتمالان من ان الاعمال بالنيات وان الانسان لايكلف الا بما يراه صلاحاً، بل هو المنصرف من قصد المودع أن يحفظه فلم يكن مفرطاً ولامتعدياً عرفاً ، ومن ان الالفاظ موضوعة للمعاني الواقعية لاالخيالية والمعيار بالواقع لا الزعم والاول أقرب ، لان ما ذكر فيه مخرج عن دليل الثاني ، فان وضع الالفاظ للمعاني الواقعية لاينافي انصراف أدلة الخيانة ونحوها الى غير ما أراد الاصلاح .

أما دليل الاحسان ففيه انه ليس بمحسن ، والظاهر منه الاحسان الواقعي لاالخيالي، والمسألة سيالة فهل من يقتل انساناً عامداً بقصد الاحسان اليه حيث انه يعيش في ألم شديد ، أو يسرق مالا لتوزيعه على الفقراء والمحتاجين ، أو يزني بامرأة بدون رغبة في الزنا اطلاقاً وانما لرفع حاجتها التي أوصلها الى العسر من جهة الشبق؟ يخفف عن عقابه لمكان نيته واحسانه، أو لالمكان صدور الفعل الحرام منه الموجب للعقاب ، ربما يقال بالاول كما في جملة من القوانين العالمية حيث يدخلون النية الحسنة في التخفيف من عقاب الفعل القبيح ، لان المنصرف من أدلة العقوبات غير هذه الصورة ، بالاضافة الى ان الاعمال بالنيات ، ولكل امرء ما نوى ، وان شك فالحد يدرء بالشبهة ، لكن المسألة بحاجة الى تأمل أكثر وتتبع أوسع ، حيث لم نجد من تعرض له من الفقهاء .

أما عكسه بأن كان الفعل حسناً لكن النية سيئة ، كما اذا جامع زوجته بزعم انه زنا لانها أجنبية ، أو قتل الكافر الحربي بزعم انه مسلم محقون الدم لعداوة

بينه وبينه، أو اخذ المال من صندوق نفسه بزعم انه صندوق الغير وان عمله سرقة فلا اشكال في عدم الحد ، وانما الكلام في الحرمة وعدمها على ماذكروه في بحث التجرى .

ثم قال الشرائع : ويلزمه سقي الدابة وعلفها أمره بذلك أو لم يأمره .

أقول : لااشكال ولاخلاف في انه يجب حفظ الحيوان المحترم ، وكذلك الادمي المودع عنده سواء بالماء أو بالعلف أو بالطعام أو بالمنام أو بالكساء أو بالحفظ من الحر والبرد أو بغير ذلك مما يلزم الحفظ ولو باجراء السيلان عليه في الحال الحاضر من الامور الطبية المتعارفة، فلو قصر حينئذ في شيء من ذلك ضمن للتفريط .

قال في المسالك : وفي حكم الحيوان الشجر الذي يفتقر الى السقي وغيره من الخدمة ، وفي حكم النفقة على الحيوان ما يفتقر اليه من الدواء لمرض) وهو كما ذكره لان تلك كلها من الامانة، بل اللازم تهيئة الزوج للحيوان اذا كان عدمه يوجب عطبه أو مرضه بما ينافي حفظ الامانة عرفاً، فان الامانة سواء كانت مالكية أو شرعية يلزم على الودعي القيام بكل شئونها العرفية وخسارته انما من كيس المالك، سواء كان العلف أو الماء أو المسكن أو اللباس في وديعة اللقطة مثلا أو غير ذلك .

ولاحاجة الى اذن المالك أو الحاكم الشرعي لعدم الدليل على ذلك ، نعم اذا قال المالك لاأعطيك ذلك كان له، فاقدامه يستلزم تبرعه كما ان الامر كذلك في الغاصب ، اذ ليس باذن مالكي ولاشرعي .

فلايقال: انه باذن شرعي لان الشارع يوجب عليه حفظه حتى يرده الى مالكه .

لانه يقال : ايجاب الحفظ فيما كان هو السبب في الاستيلاء لايلازم تخسير

الشارع للمالك ، اذ ليس على التلازم دليل شرعي ولاعرفي ، وكيف كان فيؤيد ما ذكرناه من عدم الاحتياج ما ذكروه في باب اللقطة .

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المسالك : اذا أودعه الحيوان المفتقر الى النفقة فلا يخلو اما أن يأمره بالانفاق عليه أو ينهاه أو يطلق ، فان أمره انفق ورجع عليه بما غرم ، والامر فيه واضح ، وان اطلق توصل الى اذنه أو اذن وكيله فيه ، فان تعذر رفع أمره الى الحاكم ليأمره به ان شاءِ أو يستدين له عليه أو يبيع بعضه للنفقة أو ينصب أميناً عليه ، فان تعذر الحاكم انفق هو واشهد عليه ورجع مع نيته وكذا يرفع أمره الى الحاكم الى آخر ما ذكر مع نهي المالك له عنه ، ولو تعذر الاشهاد اقتصر على نية الرجوع) .

اذ يرد عليه أولا: عدم الدليل على الاحتياج الى الاذن من المالك بله الحاكم بالاضافة الى انه لادليل على الاشهاد، مع ان نهي المالك معناه انه لايتحمل النفقة، فان لم يشاء لم يأخذ الوديعة ، فمن أين انه مع نهي المالك له الحق في الانفاق ثم الرجوع ، وقد تبعه الجواهر في ذلك بدون أن يستدل على شيءِ منه بدليل .

ثم ان اختلفا في قدر النفقة وفي زمان النفقة ففي كليهما يحتاج مدعي الزائد، سواء كان المودع أو المستودع الى البينة والافالاخر يحلف لانه قاعدة الادعاءِ والانكار ، فتفصيل الجواهر بقوله : والقول قوله في مقدار النفقة ،كما ان القول قول المالك في مقدار زمانها غير ظاهر وجه الاطلاق .

وان كان الاختلاف بين المتباينين ،كما اذا قال أحدهما : كانت وديعة في شهر شعبان وقال الاخر : في شهر رمضان ، أو قال أحدهما : سافرت بولدك في الطائرة وقال الاخر : بالسيارة ، حيث ان سفر الطائرة ضعف سفر السيارة من جهة الاجرة كان من التنازع، ولايقال بأخذ الاقل من الاجرتين في النزاع الثاني لما

ذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره من ان العبرة بمصب النزاع لابمآله ، ومن قسمي النزاع في المقام يعرف قسما النزاع في ان الوديعة كانت عشرة شياة أو تسعة ،أو ان الوديعة كانت شاة أو معزاً .

ومما ذكرناه من ان مقتضى الوديعة الحفظ فعدم الحفظ خيانة يعرف وجه النظر فيما أشكل به الجواهر على المسالك القائل بوجوب الحفظ حيث قال : وظاهره بل صريحه كغيره الوجوب من حيث الوديعة فيضمن حينئذ مع التقصير فيه الا انه ان لم يكن اجماعاً امكن المناقشة فيه بعدم اقتضاء اطلاق الوديعة الحفظ بنحو ذلك وكونه حيواناً محترماً لايسوغ اتلافه بغير الوجه المأذون فيه لايقتضي ترتب الضمان المتوقف على التعدي والتفريط في الوديعة من حيث كونها وديعة بمعنى التقصير فيما اقتضاه اطلاق عقدها لاالتقصير في الحكم الشرعي الثابت عليه وان لم يكن ودعياً على انه لايتم فيما سمعته منه من الحاق الشجر الذي هو ليس بذي نفس محترمة .

ولو قلنا بوجوب حفظ كل مال في نفسه على المالك وغيره الا ان ذلك لايقتضي الضمان مع التقصير فيه ضرورة كون الحفظ من جهاته من مقتضى اطلاق عقدها).

وكأنه عدل عن ذلك أخيراً بقوله : اللهم الا أن يعد التقصير فيه باعتبار كون المال في يده خيانة وانه هو المتلف للمال لكنه كما ترى .

ثم انه قد تقدم كون العبرة بما يظهر للعرف من الاحتياج وعدمه لابالواقع، فاذا سقى الاشجار حين الاحتياج ثم جاء مطر غزير سبب فساده لم يكن ضامناً فيما اذا كان عالماً بمجيء المطر الذي يكفيه كان عليه عدم السقي قبله والا كان ضامناً ، وهل أحبال الدابة المودعة أو الاحبال بها اذا كانت فحلا خلاف الامانة؟ الظاهر انه حسب العرف ولاميزان كلي له .

أما اذا أودعه بنتاً مثلا يريد زواجها فتزوجها برضاها لم يكن ذلك من الخيانة في شيء وان كان العرف يسميه أحياناً خيانة ، وكذلك اذا أودعه ولداً يريد تزويج بنته له فزوجه الودعى بنته ، فان قولهم انه خيانة كقولهم انه خيانة فيمن أغرى خادم غيره ليخدمه بدل خدمته لسيده السابق، فانه على ضرب من التوسع، وليس ذلك من الخيانة الشرعية في شيء .

ثم قال الشرائع : ويجوز أن يسقيها بنفسه وبغلامه اتباعاً للعادة .

أقول : ذلك من باب المثال والا فلا خصوصية للغلام ،كما انه لاخصوصية للسقي ، بل كذلك حكم العلف وغيره ، ومقتضى القاعدة هو أن يكون حسب الامانة ولا يعد تفريطاً أو تعدياً أو خيانة عرفاً ، ومنه يظهر ان أقوالهم في المسألة انما هي من باب الصغريات لاالكلية .

كما يظهر مواضع النظر في قول المسالك : ان مقتضى العادة جواز تولي الغلام، سواء كان المستودع حاضراً عنده أو غائباً ، وسواء كان الغلام أميناً أم لا، وليس كل ذلك جائزاً هنا، بل انما يجوز تولي الغلام لذلك مع حضور المستودع عنده فيطلع على قيامه بما يجب ، أو مع كونه أميناً والا لم يجز .

ولا فرق في ذلك بين وقوع الفعل في المنزل وخارجه ، فلو توقف سقيها على نقلها ولم يكن أميناً فلابد من مصاحبته في الطريق ، وانما تظهر الفائدة في نفس مباشرة الغلام لذلك ، وكذا لافرق في ذلك كله بين الغلام وغيره ممن يستنيبه المستودع .

وعبارة المصنف لاتنافي ما قيدناه لانه لم يجوز الاتولي السقي وهو أعم من كونها مع ذلك في يد المستودع وعدمه ، والعام لايدل على الخاص ، ويمكن تخصيصه اذا دل عليه الدليل وهو هنا موجود بما اطبقوا عليه من عدم جواز أيداع

الودعى مع الامكان وهذا في معناه ، وربما قيل بأن ذلك فيمن يمكن مباشرته لذلك الفعل عادة ، أما ما لايكون كذلك فيجوز له التولية كيف كان وهو ضعيف.

ثم ان السقي والعلف والمراح وغيرها يجب أن تكون حسب المتعارف زماناً ومكاناً وخصوصية، فلو خالف فعطب كان ضامناً، ولو اختلف العرف الواحد حق له أن يعمل بأيهما أو بهما معاً في جزئي الوقت أو الطعام أو ما أشبه فيما اذا لم يكن الجمع ضاراً ، والا كان اللازم اتباع أحدهما ، مثلا اذا كان يطعم عرفاً بالشعير أو بالحنطة فجمع بينهما بماسبب مرضه ضمن، واذاتعارف اطعامه في الليالي أو في النهارات فأطعمه مرة ليلا ومرة نهاراً مما أوجب ضعفه أومرضه أو هزاله أو سمنته الزائدة مثلا ضمن .

ثم حيث عرفت ان اللازم الحفظ عرفاً، فقديكون الحفظ بحفظهاعند نفسه، وقديكون بحفظها عند غيره كما في الحال الحاضر، حيث تحفظ الاموال خصوصاً الكثيرة منها وخصوصاً في المواضع الخطرة في المصارف لافي البيوت ،كما انه يكون من التعدي نقل الاموال بأعيانها من بلد الى بلد في مواضع الخطر ، بل اللازم النقل بالحوالة ، الى غير ذلك مما لاضابط له الا رؤية العرف في كل مورد مورد .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث قال : ولايجوز اخراجها من منزله لذلك الامع الضرورة كعدم التمكن من سقيها وعلفها في منزله أو شبه ذلك من الاعذار ، لوضوح ان ذلك ليس على وجه الكلية بل تختلف الموارد .

ولذا قال في الجواهر : ومنه يعلم ما في قول المصنف ضرورة عدم الفرق بين ذلك وبين ما تقدم مع فرض قضاء العادة به ولم يكن ثم ما يقتضي التفريط بها .

وما ذكره من الضرورة أيضاً في اطلاقه تأمل ، اذ قد يقتضي الضرورة الاخراج وقد لاتقتضي ،كما اذا كان بقائها في البيت يوجب هزالها لقلة الماء والعلف ونحوهما ، أما اخراجها فمحل خطر اللص أو الحيوان المفترس أو نحو ذلك مما يودي بالحيوان كله، وقد يعكس الامر بأن يكون خطر البيت أكثر من خطر الاخراج ، فلكل مورد حكمه والمحكم في الجزئيات العرف .

ومما تقدم يعرف موضع الرد والقبول في قول مناهج المتقين : ولايجوز اخراج الدابة المودعة من المنزل للسقي والعلف الا مع الضرورة كعدم امكان السقي والعلف في المنزل أو نحو ذلك من الاعذار ، ولو قيل بجواز اخراج المعتاد الغير المعدود تفريطاً أو تعدياً حتى مع عدم الضرورة لم يكن بعيداً .

ثم لو أحضر المستودع الماء والعلف فامتنعت من الشرب والاكل مثلا من جهة مرض أو نحوه فعليه المعالجة عند الخبير ، فان لم يعالج كان من التفريط ، أما اذا كان الامتناع لالمرض بل تشهياً كما قد يفعله الحيوان والطفل وما أشبه فليس عليه شيء ، وانما يؤخر تقديمهما اليه كي يرغب فيهما .

ثم انالشرائع قالممزوجاً معالجواهر : ولو قال المالك لاتعلفها أولاتسقها لم يجز القبول لكونه ذاكبد حراء و نفس محترمة و واجب النفقة على المالك ، بل يجب عليه سقيها وعلفها مراعاتاً لحقالله تعالى شأنه وان اسقط الادمى حقه ، بل مع امتناعالمالك ورفع الامر الى الحاكم وأمره للنفقة من ماله يتجهالرجوع له عليه، وكذا لوكان بأمرعدولالمؤمنين أوبه معالاشهاد أوبدونه مع نيةالرجوع على حسب ما تقدم .

وفياطلاقه تأمل، اذ قدينهاه المالك وقد يقول انيلاأضمن ذلك ، ففيالاول قديكون الحيوان يكتفي بنفسه كما فيمااذاكان في غابةأوما أشبه مما لو تركالودعى

سقيه وعلفه يرعى بنفسه ، وقد لايكون كذلك مما يوجب تلف الحيوان من دون سقيه وعلفه ، ففي صورة عدم التلف لاوجه للاشكال ، وفي صورة التلف ليس للودعى السقى والعلف ، ثم طلبها منه اذ للمالك أن يترك حيوانه حتى يملكه آخر أويذهب هوبنفسه ليجد طعامه وشرابه، فللودعى اما القبول بدون ضمان المالك أوترك الوديعة .

ومنه يعلم انه ليس الاثم مطلقاً، فما ذكره الشرائع بقوله: نعم لو أخل بذلك والحال هذه أثم ولم يضمن لان المالك أسقط الضمان بنهيه كما لوأمره بالقاء ماله في البحر ــ انتهى . محل نظر .

ولايخفى انحال الشجروالبناء المحتاج الى الرعاية والعناية مما يرى الشارع ان عدمهما بالنسبة اليهما محرم حال الحيوان ، فاطلاق المسالك بقوله الاقوى عدم وجوب حفظه فضلا عن عدم الضمان ، لان حفظ المال انما يجب على مالكه لاعلى غيره ، و انما وجب الانفاق في الحيوان لكونه ذا روح فيأثم بالتقصير في حقه فيجب دفع ألمه ــ انتهى . محل نظر .

ومنه يعلم وجه النظر فيقول الجواهر: نعم يبقى اشكال فيأصل صحةالوديعة على هذا الوجه المقتضى سفاهة المالك فيصير المال حينئذ في يده أمانة شرعية يجب ردها الى المالك أو وليه ، اللهم الا أن يفرض فيوجه لاسفاهة فيه، أويقال ان السفه لايؤثرفساداً بدون تحجير الحاكم) .

ولايخفى ان السفه الاحوالي الذي هو نوع من الجنون عدمه شرط في صحة الوديعة، أما السفه الاموالى فالظاهر انه محجور وان لم يحجره الحاكم، ولايصح

عقده المالي وان كان على نحو الوديعة، قال سبحانه : ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ [١] وقال تعالى: ﴿ فان آنستم منهم رشداً ﴾ [٢] ولذا كان تصريح التنقيح على بطلان عقد الوديعة لسفه أحدهما وافلاسه ، وقول المناهل : ان عنده فيه اشكالا ، بل احتمال عدم البطلان في غاية القوة للاصل السليم عن المعارض، ولكن مراعات الاحتياط أولى ، غير ظاهر المدرك .

وكذلك حال الكافر فانه لايصح أيداع الكافر القرآن الكريم ، اللهم الا اذا كان المراد الاعم مما له السبيل عليه ، كما اذا كان له وكيل مسلم يكون القرآن بيده وان كان وديعة عند الكافر ، أما اذا ارتد المودع فماله ، حيث يقسم يكون العبرة في الشرائط بالوارث لابنفسه .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو عين له موضع الاحتفاظ اقتصر عليه لاصالة حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، و حينئذ فلو نقلها عنه ضمن لانه عاد ، الا اذا كان النقل الى احرز ، بل أو مثله على قول قوي اذا فهم ارادة المثال مما عينه ولو بقرينة ظهور كون الغرض له الاحتفاظ كتعيين الزرع والراكب ونحوهما في المزارعة والاجارة ، أما اذا لم يفهم ذلك فالاقوى الضمان حتى في النقل الى الاحرز فضلا عن المساوي .

أقول : مقتضى القاعدة هو اتباع تعيين المالك لفظاً أو ارتكازاً ، سواء الى المساوي أو الاحفظ أو الارديء ، نعم يأتي الكلام السابق هنا فيما اذا عين غير الحرز ، فانه قد يكون حراماً كما اذا أمر الشارع بحفظه و ان نهى المودع عنه، وقد لايكون كذلك، كما اذا كان حفظ الشاة في المذئبة، وقد يقول احفظ الاسد في

---

(١) سورة النساء : آية / ٥ .

(٢) سورة النساء : آية / ٦ .

الغابة حيث ان غاية الامر ذهابه مثلا، ومثله لايحرم وهو كترك المالك اياه يذهب حيث شاء ، ولو أمر بحفظ الشاة في المذئبة لـم يكن ضامناً ان افترسها الذئب وان فعل الودعى الحرام لما تقدم .

ولوقال : احفظه في مكان كذا في حين كان حرزاً فخرج عن الحرزية فالارتكاز يعطى حفظه في المساوى اوالاحفظ ، كما انه اذا زعم حرزية المكان المعين فعينه وليس بحرز واقعاً كان الارتكاز يقتضي العدم، فان الاعتبار في أمثال ذلك بالارتكاز لاباللفظ .

ثم انه ينبغي اخراج صورة من الضمان وهـو ما اذا حفظه فـي غير الحرز حيث لاحرز اطلاقاً، سواءٍ علم المالك بعدم الحرز كما اذا جاء السيل ممايذهب بالحيوان سواءٍ كان عند المالك أوعند الودعى أوكان كلاهما في الغابة حيث ان الحيوان بيد كل منهما في معرض الافتراس ، أو لم يعلم المالك فيما لـم يتمكن الودعى من ارجاعه اليه ، والافان تمكن فهل يجب الارجاع أولا لانه لاحرز على أي تقدير فتلفه عندالودعى وعندالمالك على السواء ؟

ويفهم ما ذكرناه من القيد في عبارة القواعد حيث قال : ولـو استودع من صبي أومجنون ضمن الااذا خاف تلفه فالاقرب سقوط الضمان، وفي مفتاح الكرامة كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية ـ انتهى . اذ المعيار فيما ذكرناه وفيما ذكروه واحد .

ومما تقدم يعلم وجه النظر في اطلاق الشرائع : ولايجوز نقله الى ما دونـه ولوكان حرزاً الامع الخوف من ابقائها فيه ، وعلى أي حال فاذا جاز النقل حتى الى الادون ونقل فتلف الحيوان فاللازم القول بعدم الضمان ، سواء كان التلف

بافتراس حيوان مفترس أوبانهدام السقف أوبغيرذلك ، لان الجواز قدحصل وهو الاذن المالكي أوالاذن الشرعي :

ومثله يقتضي عدم الضمان ، فما عن بعضهم من الحكم بالضمان مع جواز النقل الى الاحرز والمساوي، كما ما عن آخر من الفرق بين التلف بالنقل كالانهدام وغيره فيضمن في الاول دون الثاني محل اشكال، ومثل النقل المكاني سائر الشرائط، كما اذا قال : لاتعطه العلف الفلاني أوالماء الفلاني أو اعطه كذا ، حيث يكون غيره مساوياً أو أردىء أوأحسن ، أوقال : يرعاه عبدك الفلاني أو ولدك الفلاني حيث ان غيره أحسن أومساو أوأرديء ، الى غير ذلك لوحدة الملاك في جميع أمثال هذه المقامات .

ولوشك في ان التعيين من باب الخصوصية أو الفردية لم يجز له المخالفة لاصالة العدم ، ولوكان على أحد النحوين ثم مات المودع وقبل الوارث لماكان، فان عين كماكان فهو والا فالاصل عدم الخصوصية ، وكذا في العكس بأن مات المستودع وقال المودع لوارثه : أنت كمورثك .

ثم قال الشرائع : ولوقال : لاتنقلها من هذا الحرز ضمن بالنقل كيف كان الا أن يخاف تلفها فيه .

أقول : أما الضمان بالنقل كيف كان بمعنى انه سواءكان الى مساو أوالى أحرز فلتحقق التعدى فيها بالمخالفة لنهيه المقتضى لعدم جواز ذلك له، بل في الجواهر انه اجماعي ، وأما اذا خاف التلف فانما يجوز النقل الى المساوي أوالاحرز فلان الشارع أذن له في ذلك ان لم يكن ارتكاز مالكي والافهو وديعة مالكية أيضاً ، و اذا خاف التلف فيه و تمكن من النقل الى الادون الذي هوحرز نقله اليه أيضاً للملاك السابق .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو كان قدقال لاتنقلها عن هـذا المكان وان تلفت فيهلعدم ثبوت هذه السلطنة له من السلطان الحقيقي بل حرمعليه أضاعةالمال وأتلافه منغير وجهه ومن ذلك النهيعن التبذير وعن تمكينالسفهاء من الاموال التي جعلها لنا قياماً .

أقـول : هذا انما يصح فيما اذا لم يجز التلف ، أما اذا جازكمـا اذا كان الوديعة فيلا مثلا والفيل ينتفع بميتهكما ينتفع بحيه ـ كما ربما يقال ـ لم يأتفيه التبذير ونحوه ، بل وكذلك الحال انكان التلف على كل حال حيث لا تبـذير ، نعم لا يبعد عدم الجواز تكليفاً حيث نهى المالك أو حرمة شرعية لوجوب حفظ الحيوانالمحترم ، ثم لونقله بأمر شرعي فالظاهر أنه لايخرج عن كونه وديعة لانه من باب تعدد المطلوب ، الا اذا كانت الوديعة مقيدة على نحو وحدة المطلوب حيث تخرج عن كونه وديعة حينئذ .

فاطلاق الجواهر قوله : لايخفى عليك عدم بقائها حينئـذ في يده وديعة بل هي أمانة شرعية لعدم الاستنابة من المالك في ذلك فيضمنها حينئذ لعدم الرد الى المالك أو وليه فوراً أو الاعلام ،كما انه لايخفى عدم وجوب ذلك عليه وانمـا هو جائز له، محل نظر .

ثم ان الخوف هو المعيار لانه الموضوع عند العقلاءِ في عطائهم وأخذهم والشارع لم يغيره ، والظاهر ان المعيار الخوف العرفي لا الخـوف الشخصي ، لان العرف هو الذي يفهمذلك وهو الملقى اليه الكلام ، فاذا خاف هو دونهملم يعتن ، واذا خـافوا ولم يخف اعتنى ، ثم اذا تلف في المنقول اليـه وظهر انه لم يكن يتلف في المنقول عنه لميضمن لان الانسان مأمور بأن يعمل حسب مايظهر له على ما سبق تفصيله .

ولو أودعه عند نفرين فخاف أحدهما دون الاخر فالمرجع الحاكم ، والا فالعدول وان لم يكونا جاز لكل التسليم للاخر، اذ لا دليل على الترجيح ، نعم اذا كانوا ثلاثة أو خمسة أوما أشبه لم يبعد الاخذ بالاكثرية اذا كانت أكثريةلانها أرجح ، بالاضافةالىمناط الشورى ، هذا فيما اذا لم يمكن التقسيم والا عمل كل بحصته ما يراه صلاحاً ، وربمايحتمل مع الاختلاف القرعة لانها لكل أمرمشكل لكن شمولها لمثل ما نحن فيه محل تأمل .

والظاهر انه لوقال خفت فنقلت قبلقوله باليمين لانه مؤتمن فانكارالمودع بدون أن يأتي بالبينة على انكاره غير مفيد ، ومن الواضح ان البينة المفيدة انما هي على عدم خوف الودعى لا علىانه لم يكن موضع الخوف، ثم لو خاف المودع من البقاء فقال للودعى انقله تخير الودعى بين نقله وبين ابطال الوديعة، أما اذا لم ينقل وضاع كان ضامناً لانه لم يعمل بشرط المودع .

ثم ان ادعى الامين نقلها الى حرز آخر أوتبديل الوديعة فيما يصح لهالتبديل لكون الاصل في معرض التلف أو ادعى علاجها بما يستلزم المال أو نحو ذلك من الطواريء التي يدعيها الودعى، فالظاهر انه مصدق لاطلاق أدلةكونه مؤتمناً فليس عليه الا اليمين .

ومنه يعلم وجه النظر فيما في الجواهر حيث قال في تصديقه بحصول ما يقتضي جواز مخالفة النهي أو وجوبه : وجهان لايخلو ثانيهما من قوة لعموم البينة على المدعي[1] بعد الشك ان لم يكنالظن في اندراجه تحت الامينالمصدق في ذلك ، ولايبعد حينئذ الحكم بضمانه حتى تقوم البينة على حصوله ، بل قد

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح ٣ .

يحتمل الضمان مع قيامها أيضاً في كل مال مقبوض بلا اذن من المالك فضلاعن النهي ، وان كان خلاف المشهور بين من تعرض له لعموم على اليد .

والحسبة والاحسان يجوزان الاقدام ولا يرفعان الضمان الحاصل من خطاب الوضع ، ونفى السبيل على المحسن انما هو بالنسبة الى ما فعله من الاحسان فليس له الاعتراض عليه في ذلك) .

وفرعه الثاني أولى بالاشكال ، حيث انه لا وجه للضمان بعد ان ليس عليه ضمان الا بالتعدي أو التفريط والمفروض عدمهما في المقام ، لكن لا يخفى ان عدم الضمان انما هو فيما اذا لم يكن نهي من المالك ولا أمر من الشارع ، والا فاذا كان نهي من المالك ولم يأمر الشارع بالحفظ كان مقتضى القاعدة ان مع النقل الضمان، كمااذا كانفيل لموته وحياته قيمة واحدة وفرض عدم أمرمن الشارع بحفظ حياته فنقله الى موضع آخر حيث كان الموضع الاول فيه خطر الموت وجاء السيل الى الموضع الثاني وذهب به فانه يضمن بخلاف ما اذا لم ينهه من النقل فانه لاضمان .

قال في مناهج المتقين: ولو نهى المودع المستودع عن النقل من الموضع الذي عينه لزمه الامتثال ولم يجز له النقل حتى الى الاحفظ الا برضى جديد ، ولو نقل من دون ذلك أثم وضمن ، الا اذا خاف من ابقاء الوديعة تلفها أونقصها فانه لا اثم ولا ضمان في نقلها الا اذا نهى من النقل في صورة الخوف عليها أيضاً فان الاظهر عندي عدم جواز النقل وعدم الاثم ولا الضمان بترك النقل بل لو نقل حينئذ ضمن .

ثم ان المسالك قال : اعلم انه لو نقلهـا الى غير المعين وتوقف النقل على

أجرة فقد قال في التذكرة : انه لايرجع بها على المالك لانه متبرع بها وهو حسن مع احتمال الرجوع مع نيته لاذن الشرع له في ذلك فيقدم على اذن المالك ، ولان فيه جمعاً بين الحقين مع مراعات حق الله تعالى في امتثال أمره بحفظ المال .

وما ذكره المسالك هو مقتضى القاعدة ، اللهم الا فيما كان على المالك الضرر فلا يريده ، كما اذا كانت قيمة الشاة عشرة وأجرة النقل ثلاثين مما يسبب النقل ضرر المالك فهو يقدم ضرر عشرة بتلف الشاة على ضرر عشرين بنقلها ، ولهذا ينهى الودعي عن النقل ولادليل على لزوم التضرر شرعاً في مثل ذلك بحفظ الشاة ، بل مقتضى الامتنان تقدم دليل لاضرر على الدليل الاولى بحفظ الشاة ، فلا أمر شرعي ولا مالكي في المقام وكلامهم منصرف عن مثل ذلك ، وكذلك الحال في علاجها وعلفها أو نحوهما .

واذا دار الامر بين حفظ الوديعة أو واجب آخر من وديعة أخرى أو غيرها كحفظ الوديعة أو حفظ نفس محترمة قدم أهمهما وان تساويا تخير ، كما اذا دار بين وديعتين متساويتين لانسان واحد أو انسانين ، والظاهر انه لايكون عليه ضمان حينئذ بتلف الوديعة أو نقصها أو ما أشبه ، لانه ليس من التعدي والتفريط في شيء، كما انه اذا تصرف في الوديعة تصرفاً محرماً أولا وبالذات لكن كان تصرفه للاهمية لم يكن عليه ضمان ، كما اذا أراد الظالم غصب الدابة ان علم انها ليست له ، أما اذا ركبها حيث يظن انها له لايغصبها فركبها لاجل ذلك قال سبحانه : ﴿وكان وراءهم ملك يأخذ كل سفينة غصباً﴾(١) لم يكن عليه ضمان ، وقد ألمعنا سابقاً الى ان حفظ الوديعة واجب فيمكن أن يعارض بينه وبين سائر الواجبات والمحرمات.

---

(١) سورة الكهف : آية / ٧٩ .

ومنه يعلم الوجه في قول مناهج المتقين : لو دار الامر بين حفظ وديعة لشخص وبين حفظ وديعة أخرى لاخر قدم حفظ أرجحهما ، ولو تساويا تخير بينهما ، أما قوله ولايجوز ارتكاب غير الكذب من المحرمات كشرب الخمر و الزنـا وترك الصلاة ونحوها لاجل حفظ الوديعة على الاظهر ، فقد عرفت مافيه و انما يلزم أن يلاحظ الاهم في نظر الشارع .

ثم قال الشرائع : ولاتصح وديعة الطفل ولا المجنون ، وفي الجواهر بلاخلاف بل الاجماع بقسميه عليه، وهو كما ذكروا لما تقدم من اشتراط التكليف في طرفي الوديعة والطفل والمجنون لاتكليف لهما، وفي الروايات لاأمر للغلام حتى يحتلم[١] ورفع القلم عن المجنون[٢]، الى غير ذلك من الادلة العامة الشاملة للمقام .

نعم لوكان آلة بين المودع و المستودع لم يكن بذلك بأس ، بل الحيوان يمكن أن يكون آلـة أيضاً فان المعاملة ليست معها و انما مع الطرف البالـغ العاقل .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولايجوز وضع اليد عليها بل يضمن القابض بذلك منهما لعموم على اليد ما أخذت[٣] وغيره، ولايبرء بردها اليهما للحجر عليهما وانما يبرء بالرد الى وليهما الخاص أو العام مع تعذره، وهو كما ذكرا ، أما اذا بلغ الصبي وأفاق المجنون فردها اليهما كفى لتبدل الموضوع ، كما انه لـو انعكس بأن كان المكلف طرف الوديعة ثم خرج عن التكليف لايجوز التسليم اليه ، كما اذا أودع عنده عاقل ثم صار مجنوناً، و انما يكون الاء ربعد جنونه الى وليه .

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٤٢ الباب ٢ من كتاب الحجرح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١ الباب ٤ من كتاب الطهارة ح ١٠ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من الوديعة ح ١٢ .

ثم ان المسالك قال : واطلاق حكم المصنف بالضمان يشمل مالوعلم تلفها في أيديهما وعدمه ، والاقوى انه لوقبضها منهما مع خوف هلاكهما بنية الحسبة في الحفظ لم يضمن لانه محسن ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾ [١] لكن يجب عليه مراجعة الولي في ذلك ، فان تعذر قبضها وترتب الحكم حينئذ ، وهو كما ذكره، اذ الشارع يحبب حفظ مال القصير والمفروض انه منه واولى منه مالو كانت الوديعة انساناً ، كما اذا كان للمجنون طفلة عرضها في معرض التلف اذا بقى بيد المجنون فاشكال الجواهر على المسالك القائل بعدم الضمان، غيرظاهر الوجه .

ولذا قال في مناهج المتقين : نعم لوخاف على المال مع عدم القبض التلف فقبضه للحفظ والايصال الى الولى فلاضمان عليه .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وكذا لايصح أن يستودعا وان كان لوأودعا لم يضمنا بالاهمال وفاقاً للمشهور لان المودع لهما في الحقية هو المتلف ماله بأيداعه مثلهما الذي لم يجب عليه الحفظ وأداء الامانة ، فنسبيته في الاتلاف أقوى من تفريطهما فيه ، ولادليل على ضمانهما بذلك بعدظهور قوله عليه السلام : على اليد ما أخذت حتى تؤدى [٢] في غير الفرض بسبب تفريط المالك .

أقول : لاينبغي الاشكال في عدم الضمان بأيداع المالك ماله المجنون أو الطفل غير المميز لان السبب فى التلف أقوى من المباشر ، فهو كأيداعه الحيوان وكون الحيوان لا ذمة ولا ملك له بخلافهما لايكون فارقاً في المقام الذي هو من اقوائية السبب على المباشر لنسبة التلف اليه لا الى المباشر، ومثلهما السكران

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

والمغمى عليه والنائم ،كما اذا وضعه في يده وهو في حال النوم الى غير ذلك ، بل دليل اليدمنصرف عن مثلهمعرفاً .

ولا فرق بين أن يكون المودع مثل المستودع في عـدم التكليف، كما اذا أودع مجنون مجنوناً فان المجنون المستودع لايكون ضامناً بتلفـه ، أما اذا كان المستودع صبياً مميزاً كما اذا كان مراهقاً مثلا فهل يضمن لاطلاق أدلته والملاك في سرقته ولان الضمان حكم وضعيلافرق فيه بين البالـغ وغير البالـغ، أولالرفع القلم ؟ الظاهر الاول بل هو مقتضى كون عمد الصبي خطاءاً تحمله العـاقلة ، اذ لوكان كالحيوان لم يكن عليه ولاعلى عاقلته شيء .

ومنه يعلم وجه النظر فيما في المسالك من ان (على) في على اليد ظاهرةفي وجوب الدفع والتكليف بالرد فيكون مختصاً بالمكلف فتأمل .

ثم ان المسالك قال : ويفهم من قوله لم يضمنا بالاهمال انها لو تلفت بغيره بأن تعديا فيها فتلفت انهما يضمنان ، وهو كذلك على الاقوى لان الاتـلاف لمال الغيـر سبب في ضمانه اذا وقع بغير اذنه ، والاسباب من باب خطاب الـوضـع يشترك فيها الصغير والكبير، ومثله القول في كل ما يتلفانه من مال الغير ويأكلانه منه ، فانهما يضمنانه وان لميكن لهما مال حين الاتلاف، لان تعلق الحق بالذمة لا يتوقف عليه .

نعم ايجاب التخلص من الحق عليهما يتوقف على التكليف كمـا مر ، فقبله يكون المخاطب بالدفع من مالهما الوليان كان لهما مال ، والا كان ديناً عليهما يجب عليهما قضائه بعد التكليف، ولو فرض موتهما قبله ولا مال لهما أولهمامال ولم يعلم الوليبالحال لم يؤاخذ به في الاخرة بخلاف المكلف) .

ويرد عليهانه لافرق بينالاهمال والتعدي في صورة عدم التكليف لماعرفت

من ان السبب هو المودع وهو أقوى من المباشر ، ولافرق في ذلك بين التعدي والتفريط والاهمال ، أما بالنسبة الى غير المميز والمجنون فمقتضى القاعدة عدم الضمان ، اذ لا اشكال في عدم التكليف ، وأما الوضع فالاصل عدمه أيضاً ، فمن أين انه ثابت على كل أحد ، بل ظاهر رفع القلم الاطلاق وضعاً وتكليفاً الا ما خرج بالدليل من نص أو اجماع أوغيرهما ، فهما كالحيوان .

والنقض بأنهما لا ينقصان عن النائم وهو ضامن ان ضربت رجله كوز الغير فانكسر كما ورد في انقلاب الظئر على الولد فمات، محل نظر ، لانه يقال : من أين ذلك في النائم أيضاً وقد ورد رفع القلم عن النائم حتى يستفيق ؟ لايقال: الحكم اجماعي فانه يقال لا اجماع في المسألة .

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (أما لو أكلها الصبي وأتلفها فالاقرب الضمان) ما لفظه كما في المبسوط والسرائر في ظاهرهما أو صريحهما وظاهر الشرائع والارشاد وصريح التذكرة والتحرير في الباب والمسالك ، وقيد في الحواشي وجامع المقاصد بما اذا كان مميزاً وقد قطع به أي الضمان في الثاني وقواه فيه اذا لم يكن مميزاً في الباب وفي باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز وقرب عدم الضمان مطلقاً في حجر التذكرة والتحرير وجزم في لقطتهما ولقطة الكتاب وجامع المقاصد بالضمان) .

وعلى أي حال فالاصل عدم الضمان بعد عدم شمول (من أتلف)[1] و (على اليد)[2] ومثل قوله ﷺ : (من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابة أو

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١٠ ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

حفر بئراً في طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن) (١) منصرف عن المجنون وغير المميز .

نعم الظاهر عدم انصرافها عن المميز بل له نوع تكليف أيضاً ، ولذا يؤدب سارقه وزانيه ولائطه ومن أشبه .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر المدعى للقطع ، حيث يقال انه من أي مكان حصل مثل هذا القطع ، وهل هو حجة الا للقاطع ؟ قال : والتحقيق أن يقال ان اليد بغير اذن شرعية من أسباب الضمان قطعاً من غير فرق بين المكلف وغيره ، فلو أودع صبي صبياً أو مجنوناً أو مجنون صبياً أو مجنوناً فتلف هي في يدهما كانا ضامنين لذلك ، والفرق بينهما وبين الدابة ان لهما ذمة وملكاً وغيرهمابخلافها ، وأي فرق فيأسبابالوضع بين ذلك وبين الجناية والحدث وغيرهما ؟ .

اذ فيه ان الدليل ان لم يدل في الجناية والحدث لم نقل به أيضاً ، وتنظير الباب بذلك اذا ثبت فيهمامن باب القياس الذي لانقول به بعد عدم العلمبالملاك بل ربما يقال ان من أتلف ليس رواية وانما قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار، فلااطلاق لها حتى يتمسك بها في المقام .

نعم الظاهر عدم الاشكال فيالضمان اذا كان جاهلا لانه وديعة بأن ظن انه له أو تبرع ، الا اذا كان هناك سبب أقوى كما اذا قدم الى الغير طعام انسان فزعم انه هدية من المعطى اليه ، فان تلفه يوجب كون قرار الضمان على المهدى كما حقق في [كتاب الغصب] وان كان هو ضامناً أيضاً لدليل اليد وغيره .

---

(١) الوسائل : ج ٩ ص ١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان من كتاب الديات ح ١ .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : واذا ظهر امارة الموت وجب الاشهاد بها، وفي الجواهر كما صرح به غير واحد بل لاأجد فيه خلافاً بينهم ، نعم في القواعد ابدال ذلك بالوصية بها ولعله يريد ذلك ضرورة انحصار وجه وجوب ذلك في لزوم الحفظ وحرمة التفريط بها وترك ذلك يقتضى ذلك ، فان الوارث بدونه يستحق بارثه جميع ما كان يده عليه ، وكذا الديان، والوصية بها مع عدم الاشهاد لايرفع ذلك فلا محيص حينئذ عن ارادة معنى الاشهاد عليها من الوصية بها كالعكس .

أقول : الظاهر ان الاشهاد من باب المثال، والا فكلما يوجب رد الوديعة الى صاحبها واجب تخييري ، سواء كان بالاشهاد أو الوصية بها أو بالثلث المنطبق عليها ،كما اذا كانت عنده فقال لاولاده : اوصيكم باعطائها لزيد أو بالكتابة أو بالارسال الى المالك كما اذا كانت الوديعة حيواناً اذا أطلق سراحه ذهب الى مالكه ، وان كان وصوله الى المالك بعد موت المستودع أو غير ذلك ، ولذا لايجب أي ذلك اذا كان المودع يستولي عليها ولو بزعم انه غصب من الورثة ، اذ قد عرفت المعيار في الوجوب .

ومنه يعلم ان الوجوب ليس ذاتياً بل غيري، وذلك يتوقف على حقيقة الموت فظهور امارات الموت التي لاتنتهي الى الموت لايوجب شيئاً، فان ترك والحال هذه لم يكن الا تجرياً .

ومما تقدم يعرف ان قول الجواهر فالمتجه حينئذ تحقق الضمان بأول أزمنة التفريط وان اشهد بعد ذلك، غير ظاهر الوجه، اذ المعيار عمل ما يوجب رجوع الوديعة الى صاحبها وذلك يتحقق بالاشهاد أو نحوه في آخر فرصة فلا وجه لتحقق الضمان .

أما قوله بعد ذلك هذا كله بناءاً على جواز بقائها وديعة عنده مع ظن الوفات، والا فقد يقوى وجوب الرد على المالك مع الامكان والا فالحاكم والافعدول المؤمنين ومع فرض التعذر يشهد عليها حينئذ ويوصى بردها وذلك لاطلاق وجوب رد الامانة الى أهلها والخطابات المطلقة ، فتضيق بظن الوفات لعدم الوثوق حينئذ بزمان غيره لامتثالها ، والتضيق بالمطالبة لاينافي التضيق بذلك) .

فغير ظاهر فان وجوب رد الامانة لايدل على الوجوب عليه اذا كان المالك لايريدها وكانت الورثة يردونها ، ولذا أشكلنا على العروة في بحثه للامـوات حيث قـال : يجب عند ظهور امـارات الموت اداء حقوق الناس الواجبة ورد الودائع والامانات التي عنده مع الامكان والوصية بها مع عدمه مع الاستحكام على وجه لايعتريه الخلل بعد موته ، فان ايجاب رد الودائـع لادليل عليه وانما الواجب جعل الوديعة بحيث ترجع الى صاحبها اذا أرادهـا ، وربما يؤيده رد علي عليه السلام ودائع رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم.(١)

ولذا كان المحكى عن المبسوط والسرائر انهما قالا : اذا حضرته الوفـات فانه يلزمه أن يشهد على نفسه بأن عنده وديعة لفلان ويشهد حتى لايختلط بماله، وفي القواعد : ومن حضرته الوفات وجب عليه الوصية بما عنده مـن الوديعة ، وعن التذكرة والمفاتيح وظاهر جامع المقاصد : جعل الواجب الايصاء بـدون الاشهاد ، وفي الشرائع والتحرير والارشاد : وجوب الاشهاد عند خوف الموت أو ظهور أماراته أو حضور الوفات على اختلافهم في التعبير ، وعن الكفاية : ان في المسألة قولين وجوب الاشهاد على قول أو الايصاء على قول آخر ، ونحوه

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

عن المفاتيح لكنه استظهر برائته بالايصاء .

نعم في التحرير : اذا حضرت المودع الوفات وجب عليه دفعها الى المالك أو الوكيل أو الحاكم أو الثقة على الترتيب، ولو تعذروجب الايصاء بها والاشهاد، ونحوه المحكى عن التذكرة في أول كلامه .

وفي مفتاح الكرامة : ولعل وجهه ان الايصاء غير كاف في دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها الى أهلها، ولعل مراده الاولوية لانه قال في التذكرة بعد ذلك في فروع المسألة: الاقرب الاكتفاء بالوصية وان امكنه الرد الى المالك لانه مستودع لايدري متى يموت فيستصحب الحكم ويحتمل أن يجب عليه الرد الى المالك أو وكيله عند المرض ، فان تعذر أودع عند الحاكم أو أوصى اليه كما اذا عزم على السفر وهو قول اكثر الشافعية .

ولايخفى ان مراده بالمرض المرض المخوف، والا ففي مجمع البرهان وغيره ـ كما حكى عنهم ـ ان الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب عند مطلق المرض وعلى أي حال فلا دليل على وجوب اكثر من الاتقان الموجب لعدم الخيانة ، وذلك يتحقق بأي وجه عرفي على سبيل التخيير ، فان لم يكن الاوجه واحد تعين وان امكن بوجهين كأن يشهد لبعضها ويوصى لبعض كفى وهكذا اذا أمكن بوجوه ثلاثة لكل أبعاضها .

ومنه يظهر حال ما اذا كان يصل الى المودع وان لم يشهد ،كما اذا سجله من أول الامر في المصرف بأنه بعد موته يعطى لفلان ، نعم يجب أن لايوقع على نحو الوصية فيما اذا كان أكثر من ثلثه بما لايجيزه الوارث مما يسبب تلف بعض الوديعة على صاحبها والا جاز .

كما ان منه يظهر الحال فيما اذا كان له مال اذاً لم يواص ولم يشهد أو لم

يظهر محله وما أشبه ذلك ضاع للوارث أو الديان أو نحوهما، لان في ذلك تلف المال على صاحبه الوارث وعدم وصول الدين الواجب ايصاله الى الديان اليهم وكلاهما محرم شرعاً .

ثم لايخفى ان مرادهم بالاشهاد هو اشهاد من يثبت بقوله ، سواءِ كان شاهدين أو كالخبر المحفوف بالقرائن أو ما يوجب التواتر أو ما أشبه ذلك لانه طريقي كما عرفت فلا خصوصية لاشهاد شاهدين ، فقول مفتاح الكرامة : والمتبادر من الاشهاد أن يشهد شاهدين ليحصل بهما الاثبات حيث ينكر الورثة أو يكون بعضهم صغاراً لان لايمتنع الوصي من تسليمها الى مالكها من دون الاثبات، محل تأمل .

ثم ان القواعد قال: الا أن يموت فجئة على اشكال ومثله القتل غيلة، ومراده عدم الضمان وهو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم، لكن خيرة الايضاح في المحكى عنه الضمان واحتج عليه بأن الوصية والاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب ادائها ظاهراً ان علم بها وفي نفس الامر ان لم يعلم ، وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولامعنى للتفريط الا ذلك .

وفيه ان المدار في الضمان على التقصير والتفريط والخيانة وليست أي ذلك في المقام في الموت فجئة أو غيلة الا اذا كان الموت فجئة عقلائياً بحيث يسمى خيانة بعدم الوصية والاشهاد ،كما اذا ابتلى بالسرطان وقال له الاطباء انه يموت في لحظة ما ، أو انه يريد السفر في مكان مخطور من جهة غرق أو حرق أو لص أو نحو ذلك .

وعلى أي حال اذا لم يصل المال الى المودع ولولم يكن المستودع عاصياً

لم يسقط المال أو بدله عن ملكية المودع فله التقاص من التركة مثلا في المثلي وقيمة في القيمي ، وان لم يقدر على المثل في المثلي أخذ القيمة على مافصّلناه في [كتاب الغصب] .

وحيث قد عرفت ان العبرة بالاتقان العرفي مما يقابل الخيانة ، فلا اشكال في الايصاء الى فاسق متقن أو فاسد العقيدة أو كافر أو بلا اشهاد أو نحو ذلك اذا كان من الاتقان العرفي وأداء الامانة ، ولذا تقبل رواية فاسدى العقيدة اذا كانوا ثقاة، فقول الجواهر ولاعبرة بغيره كالايصاء الى فاسق أو بلاأشهاد أو نحوذلك، غير ظاهر الوجه .

ثم مثل الايصاء لما بعد الموت الايصاء اذا كان مشرفاً على الجنون أو كان له جنون ادواري أو اغماءٍ أو نوم غير طبيعي فيقول في حال صحته وصحوته ويقظته بأن الامانة الفلانية لفلان ، ولو قال كذلك في حال عدم تفليسه ثم أفلس كان قوله حجة، لانه من اقرار العقلاءِ المقبول بخلاف ما اذا قال في حال حجره لانه لايملك فلا يملك الاقرار وهو المفهوم ممن ملك شيئاً ملك الاقرار به ، ولو قال له عندي مال وكل ما يقوله هو الحق فالظاهر ان ما يقوله يجب تنفيذه لانه من اقرار العقلاءِ .

فأي فرق بين أن يقوله في حال الحياة بالنسبة الى حال الحياة أو في حال الحياة بالنسبة الى حال الموت ؟

ولو قال مجملا في المودع كما لو قالا أحدنا عنده كذا لفلان ، أو في المستودع كما لو قال أحدكما يطلب مني أو أحدهما مثلا ، أو في الوديعة كيفاً كمالو قال له الشاة أو الفرس ، أو كماً كما لو قال بين الواحدة والعشرة، كفى اذا أمكن العلم بما لايصدق الخيانة ونحوها ، أو كان الطرف متسامحاً لايهمه الامر

اطلاقاً فهو راض بمثل ذلك، أو قال الطرف يكفيني قولك مجملا لانه من اسقاط الحق في المسامح بالرضا وفي المصرح باللفظ ونحوه.

ومنه يعلم ان مرادهم بلزوم التعيين غير صورة ما استثنيناه، قال في المسالك: يجب على الودعى على تقدير الاشهاد والايصاء تعيين الوديعة وتمييزها ببيان جنسها ووصفها الرافعين للجهالة عنها، فلو اقتصر على قوله عندي وديعة لفلان، أو ذكر الجنس وأبهم الوصف ،كما لو قال عندي ثوب لفلان فهو كما لو لم يوص .

كما يعرف وجه النظر في اطلاق القواعد قوله : ولو أوصى الى فاسق أو أجمل كقوله عندي ثوب وله أثواب ضمن ، وان قال في مفتاح الكرامة هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين وخيرة المفاتيح في الاول وظاهر المبسوط في الثاني .

ويؤيد ما ذكرناه من الاستثناء ما علله به الحكم الاول بقوله : فلان الوصية الى الفاسق تزيد في التضييع، لانه مع السلطان عليها أقرب الى الخيانة ، وعلله في الثاني بقوله: لان الوديعة مع الاجمال لاتعرف بعينها، فلايمكن ردها بحسب العادة وذلك مناف للحفظ .

ومما ذكرناه يعلم حال ما اذا أوصى مبهماً لكن المطلب يظهر بنفسه ،كما لو قال عندي دابة لانسان فاذا فتحت الورثة الاصطبل ذهبت احديها الى دار زيد مما يوجب العلم بأنها له بما لولم يوص وذهبت لم يحصل العلم فلا ترد الامانة الى صاحبها .

ومما تقدم يعرف حال ما اذا قال : احدى هذه النعال لانسان من الحاضرين

وكانت احديها بقدر رجل زيد مما يظهر انها له ، الى غير ذلك من الامثلة لوحدة الملاك في الجميع .

ثم ان المسالك قال : وعلى تقدير ذكر الجنس خاصة أما أن لايوجد في تركته ذلك الجنس أو يوجد متعدداً أو متحداً، ففي الاولين لايحكم للموصى له بشيءٍ ويضمن الودعى ، اما على تقدير عدم وجوده فظاهر لتقصيره ترك البيان ، وأما على تقدير وجود المتعدد فهو بمنزلة خلطها بماله حيث لايتميز فيكون تفريطاً يوجب الضمان ، ولايكون الموصى له شريكاً في الثياب الموجودة لاصالة عدم استحقاقه شيئاً في تركة الودعى وان كان ضامناً لحقه فيرجع الى المثل أو القيمة، ويحتمل كونه شريكاً لاصالة البقاءِ وان حكم بالضمان كما لو مزجه بماله .

ورده الجواهر بأنه لافرق مع ذكره الجنس بين أن لايوجد في تركته ذلك الجنس أو يوجد متعدداً أو متحداً لحصول التقصير وترك البيان على كل حال ، والوجود في التركة لايقتضي كونه الوديعة واصالة بقائها لاتقتضى كونها المشخصة كي يكون شريكاً مع التعذر ومختصاً به مع الاتحاد .

أقول : في غير الصورة التي استثنيناها من التسامح ونحوه اذا لم يعلم المستودع الخصوصية أما لنسيان من غير تقصير أو لاجل احتراق دفتره المسجل فيه الخصوصيات أو لغير ذلك لم يكن عليه الا ذكر ما يعلم ، سواءِ بتفصيل ان كان يعلم تفصيلا، أو باجمال ان كان يعلم اجمالا، كما اذا علم انه لاحدهما فاللازم أن يقول ذلك لا أن يقول هو لانسان ، واذا علم فاللازم أن يقول ما يخرجه عن الخيانة والتقصير عرفاً ، فاذا أتلف شاتاً لزيد مما لاتوجد في تركته شاة الان وقال يطلبني شاتاً فالعرف لايرون مثله خيانة، وكذلك الحال اذا وجدت عنده شياة متساوية وقال له أحديها .

أما مع الاختلاف فان كانت الشاة الاقل قيمة لزيد وقال أحديها له لم تكن خيانة بطريق أولى لانه على أسوء الاحتمالات يأخذ الشاة الاقل قيمة ومثله ليس بخيانة، والحاصل ان المعيار هو صدق الخيانة والتقصير ونحوهما من العناوين الشرعية أو الفقهائية ، وجملة مما ذكروه ليس من تلك المصاديق ، أما ادخال المسالك في المسألة الاصول فالظاهر عدم مدخليتها في التشخيص كما أشار اليه الجواهر .

ثم ان كانت الوديعة كالدينار في الحال الحاضر لم يحتج الى تشخيصه بين دنانيره أو دنانير غيره لما تقدم في بعض المباحث من ان الخلط في مثل ذلك ليس خلافاً الا اذا نص المودع على العدم ، فاذا قال المستودع : في مالي عشرة دنانير لزيد كفى ، ثم لو شككنا بأنه هل فرط في عدم الايصاء أو عدم ذكر الخصوصيات أولا بأن كان ناسياً للاصل أو الخصوصيات مثلا كان الاصل عدم التفريط، فلاضمان،فانه بالاضافة الى كونه مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح يأتي دور الامين مؤتمن وما أشبه .

ثم ان الشرائع قال : لو لم يشهد وانكر الورثة كان القول قولهم ولايمين عليهم الا أن يدعى عليهم العلم .

أقول : لو اشهد وشهدوا لم ينفع انكار الورثة ، وكذلك اذا كانت شهود بدون اشهاد، وانكار الورثة ان كان عن علم حلفوا على العدم،وان كان عن عدم العلم يحلفون على عدم العلم ويسقط دعوى المدعى ، ولو علموا أصل الوديعة لكنهم لايجدونها في التركة مما احتمل التلف من دون ضمان ليس عليهم شيء بعد حمل فعل المستودع على الصحيح .

لكن ربما يقال : ان كان احتمال التلف عن عمد أو غير عمد صح ذلك ،

أما اذا كاناحتمال البيع وتبديلها الىالنقد اضطراراً أو ما أشبه لم يكن وجه لعدم الضمان لان كلا الامرين على سبيل الصحة ، فاللازم الضمان بمعنى لزوم ارجاع المثل أو القيمة لانهم يعلمون باشتغال ذمة الميت والاصل البقاء كما اذا علموا انه كان عليه حج أو صلاة أو صيام أو مال للناس أو ما أشيه ثملم يعلموا هل أداه أو لا ، ولاتقتضي العادة بالاداء لقصر المدة ونحوه .

فلا يقال : هذا خلاف السيرة حيث يعلم الورثة غالباً اشتغال ذمة مورثهم بالخمس أو بعض الصلوات والصيام ومع ذلك لايؤدونها .

لايقال : اصالة عدم الاضطرار محكمة .

لانه يقال : هذا أصل مثبت ولا يمكن التمسك به فتأمل . ثم ان الوجدان وعدم الوجدانانما هو فيما اذا لمتكن الوديعةكالدينار وللميت في تركته دنانير والا ليس من عدم الوجدان .

ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق المسالك حيث انه بعد ذكره مسألة المتن قال : ومثله ما لوأقر الورثة بالوديعة ولكن لايوجد في التركة وأدعى المستودع انه قصر في الاشهاد وقال الورثة لعلها تلفت قبل أن ينسب الى التقصير فالقول قولهمعملا بظاهر برائة الذمة، ولايمينأيضاً الامع دعواه عليهمبالتقصير، ويمكن أن يريد المصنف في المسألة هذا القسم بأن يكون المراد بانكار الورثة انكارهم وجودها في التركة حيث لم يشهد ، وحملوا ترك اشهاده على تلفها قبل حصول ما يوجب الاشهاد وادعى المالك بقائها وتقصيره فيالاشهاد والحكم فيالمسألتين واحد فتأمل .

ثم انه لو اختلفت الورثة بينمقر ومنكر وجاهلكان لكل حكمه الا أن يكون المقر بشرائط الشهادة فتثبت على الجميع .

ثم ان الشرائع قال : وتجب اعادة الوديعة على المودع مع المطالبة ولو كان كافراً .

أقول : ويدل على ذلك عدم الخلاف في المسألة اطلاقاً بل الاجماع بقسميه عليه ، بالاضافة الى انه حكم العقل وتواتر الروايات الدالة عليه بعد قوله سبحانه وتعالى : ﴿ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها﴾ (١) .

فعن الحسين بن مصعب الهمداني قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: ثلاث لاعذر لاحد فيها : أداء الامانة الى البر والفاجر ، والوفاء بالعهد للبر والفاجر ، وبر الوالدين برين كانا أو فاجرين (٢) .

وفي رواية عنبسة، عن أبي عبدالله عليه السلام نحوه الا انه قال: لم يجعل الله لاحد من الناس فيهن رخصة (٣) .

وعن عمر بن أبي حفص قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول: اتقوا الله وعليكم باداء الامانة الى من ائتمنكم فلو أن قاتل علي ائتمنني على أمانة لاديتها اليه (٤) .

وعن أبي شبل قال: قال لي أبو عبدالله عليه السلام: ابتداءاً احببتمونا وابغضنا الناس (الى أن قال) : فاتقوا الله فانكم في هدنة وأدوا الامانة فاذا تميز الناس ذهب كل قوم بهواهم وذهبتم بالحق ما اطعتمونا فاتقوا الله وأدوا الامانات الى الاسود والابيض وان كان حرورياً وان كان شامياً (٥) .

وعن اسماعيل بن عبدالله القرشي ان رجلا قال لابي عبدالله عليه السلام : الناصب

---

(١) سورة النساء : آية / ٥٨ .

(٢) و (٣) و (٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢١ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح ١ وذيله و ٢ .

(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من الوديعة ح ٣ .

يحل لي اغتياله ؟ قال : أد الامانة الى من ائتمنك وأراد منك النصيحة ولو الى قاتل الحسين عليه السلام [(١)] .

وعن الشباني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودمائهم وانه وقع لهم عنده وديعة ؟ فقال : أدوا الامانة الى أهلها وان كانوا مجوساً فان ذلك لايكون حتى قيام قائمنا فيحل ويحرم [(٢)] .

وعن محمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : أدوا الامانة ولو الى قاتل ولد الانبياء [(٣)] .

وعن الحسين بن أبي العلاء ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ان الله عزوجل لم يبعث نبياً الا بصدق الحديث وأداء الامانة الى البر والفاجر [(٤)] .

وعن عمار بن مروان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام في وصيته له: اعلم ان ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو ائتمنني واستنصحني واستشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة [(٥)] .

وعن محمد بن القاسم قال : سألت أبا الحسن ـ يعنى موسى ـ عليه السلام عن رجل استودع رجلا مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر على أن لايعطيه شيئاً ولايقدر له على شيء والرجل الذي استودعه خبيث خارجي فلم أدع شيئاً ؟ فقال لي : قل له : يرد عليه فانه ائتمنه عليه بأمانة الله .

قلت : فرجل اشترى من امرأة من العباسيين بعض قطائعهم فكتب عليها كتاباً انها قد قبضت المال ولم تقبضه فيعطيها المال أو يمنعها؟ قال: ليمنعها أشد المنع

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٢ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح ٤ و ٥ و ٦ و ٧ و ٨ .

فانها باعته ما لم تملك[١].

وعن محمد بن علي الحلبي قال : استودعني رجل من موالي آل مروان ألف دينار فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير فأتيت أبا عبدالله عليه السلام فذكرت ذلك له وقلت له : أنت أحق بها ؟ فقال : لا ان أبي كان يقول : انما نحن فيهم بمنزلة هدنة نؤدى أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم فاذا تفرقت الاهواء لم يسع أحداً المقام[٢].

وعن الاعمش، عن جعفر بن محمد عليهما الصلاة والسلام في حديث الامامة (الى أن قال) : دينهم الورع والصدق والصلاح والاجتهاد وأداء الامانة الى البر والفاجر وطول السجود وقيام الليل واجتناب المحارم وانتظار الفرج بالصبر وحسن الصحبة وحسن الجوار[٣].

وعن الحسين بن مصعب قال: سمعت الصادق جعفر بن محمد عليهما السلام يقول: أدوا الامانة ولو الى قاتل الحسين بن علي عليهما السلام[٤].

وعن أبي حمزة الثمالي انه سمع السجاد عليه السلام يقول لشيعته : عليكم بأداء الامانة فوالذي بعث محمداً بالحق نبياً لو ان قاتل أبي الحسين بن علي ائتمنني على السيف الذي قتله به لاديته اليه[٥].

وفي رواية الخصال ، عن علي عليه السلام ـ في حديث الاربعمائة ـ قال : أدوا الفريضة والامانة الى من ائتمنكم ولو الى قتلة أولاد الانبياء[٦].

الى غيرها من الروايات الكثيرة واشتمال بعضها على بعض المندوبات بالقرينة الخارجية لايوجب سراية الامر الى أداء الامانة .

ثم حيث لايمكن جمع الواجب والحرام في طرفي شيء واحد للزوم

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) و(٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٣ الباب ٢ من كتاب الوديعة ح ٩ و ١٠ و ١١ و ١٢ و ١٣ و ١٤ .

اللغوية في أحدهما بعد كفاية الاخر منه ، ومثله لايصدر من الحكيم ، اذ الحكم للبعث فاذا بعث الى الفعل لم يحتج البعث الى المنع عن الترك وبالعكس ، فاذا جمع الامران في الدليل لابد اما من حمل أحدهما على الارشاد أوكون أحدهما بياناً بعبارة اخرى عن الاخر ، وفي المقام لايستبعد وجوب أداء الامانة فهما مثل أداء الصلاة وتركها .

وكيف كان يدل على حرمة الخيانة النصوص المتواترة : فعن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ليس منا من اخلف بالامانة.[١]

قال : وقال رسول الله صلى الله عليه وآله: أداء الامانة تجلب الرزق والخيانة تجلب الفقر وظاهر هذا الحديث الارشاد حيث ذكر الفائدة في الطرفين.[٢]

وعن الحسين بن يزيد، عن الصادق ، عن آبائه عليهم السلام ، عن النبي صلى الله عليه وآله في حديث المناهي انه نهى عن الخيانة وقال : من خان أمانة في الدنيا ولم يردها الى أهلها ثم أدركه الموت مات على غير ملتي ويلقى الله وهو عليه غضبان ، ومن اشترى خيانة وهو يعلم فهو كالذي خانها.[٣]

وعن الحسين بن خالد، عن الرضا، عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كان مسلماً فلايمكر ولايخدع فاني سمعت جبرئيل يقول : ان المكر والخديعة في النار ، ثم قال : ليس منا من غش مسلماً وليس منا من خان مؤمناً.[٤]

وعن موسى بن القاسم رفعه الى علي بن أبي طالب عليه السلام قال: أربعة لاتدخل واحدة منهن بيتاً الاخرب ولم يعمر، البركة فالخيانة والسرقة وشرب الخمر والزنا.[٥]

وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله مثله .[٦]

---

(١) و(٢) و(٣) و(٤) و(٥) (٦) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح ١ وذيله و(٢ ـ ٤) وذيله .

وفي رواية أخرى، عن النبي صلى الله عليه وآله قال: ومن خان أمانة في الدنيا ولم يردها الى أهلها مات على غير دين الاسلام ولقي الله وهو عليه غضبان فيؤمر به الى النار فيهوى به في شفير جهنم أبد الابدين، ومن اشترى خيانة وهو يعلم انها خيانة فهو كمن خانها في عارها وأثمها، ومن اشترى سرقة وهو يعلم انها سرقة فهو كمن سرقها في عارها وأثمها.[(١)]

وفي حديث آخر، عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال: ليس منا من يحقر الامانة حتى يستهلكها اذا استودعها وليس منا من خان مسلماً في أهله وماله.[(٢)]

وعن الاصبغ بن نباتة، عن أمير المؤمنين عليه السلام في خطبة له: ليس المسلم بالخائن اذا ائتمن ولا بالمخلف اذا وعد ولا بالكذوب اذا نطق.[(٣)]

وعن الحسن بن محبوب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: يكون المؤمن بخيلا؟ قال: نعم، قلت: فيكون جباناً؟ قال: نعم، قلت: فيكون كذاباً؟ قال: لا ولا خائناً ثم قال: يجبل المؤمن على كل طبيعة الا الخيانة والكذب.[(٤)]

وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله: ليس منا من خان بالامانة.[(٥)]

وفي رواية عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: ان الله عزوجل يعذب ستة بستة (الى أن قال): والتجار بالخيانة.[(٦)]

وفي حديث عن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال: ان المؤمن ينطبع على كل شيء الا على الكذب والخيانة.[(٧)]

وفي حديث آخر عنه صلى الله عليه وآله قال: علامة المنافق ثلاث: اذا حدث كذب واذا

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٦ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح ٥.

(٢ - ٧) المستدرك: ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من الوديعة ح ٣ - ٩.

وعد أخلف واذا ائتمن خان.[١]

وفي رواية اخرى عن موسى بن جعفر ، عن آبائه عليهم السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لاتخن من خانك فتكون مثله.[٢]

أقول : سيأتي الكلام في استثناء التقاص من هذا الحديث ونحوه .

وعن رسول الله صلى الله عليه وآله انه قال لابن مسعود : يابن مسعود لاتخونن أحداً في مال يضعه عندك وأمانة ائتمنك عليها فان الله تعالى يقول : ﴿ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها﴾.[٣]

وفي الغرر ، عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : الخيانة أخو الكذب ، وقال : الخيانة صنو الافك ، وقال : الخيانة رأس النفاق ، وقال : الخيانة دليل على قلة الورع وعدم الديانة ، وقال : اياك والخيانة فانها شر معصية فان الخائن المعذب بالنار على خيانته.[٤]

وقال عليه السلام : توخى الصدق والامانة ولاتكذبن من كذبك ولاتخن من خانك، وقال : ثلاث شين الدين : الفجور والغدر والخيانة ، وقال : جانبوا الخيانة فانها مجانبة الاسلام ، وقال : رأس النفاق الخيانة ، وقال : رأس الكفر الخيانة.[٥]

وحيث ان العرف هم الملقى اليهم الكلام في أداء الامانة فالتأدية يرجع فيها الى المتعارف في رد الودائع ، فلا يجب مثلا الركض ونحوه لاداء الامانة الا اذا كان الركض موجباً للصدق، حيث انه اذا لم يركض تلفت الامانة بسبب مطر أو برد أو ما أشبه ذلك .

---

(١) و(٢) و (٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح (٨ ـ ١١) .

(٤) و(٥) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٣ من كتاب الوديعة ح ١٢ وذيله .

ومنه يعلم الوجه في قولهم: انه يعتبر فيه الامكان عقلا وشرعاً، حيث ان غير الممكن عقلا أو شرعاً غير مكلف به .

قال في المسالك : والمراد بالامكان مايعم الشرعي والعقلي والعادي ولوكان في صلاة واجبة أتمها ، أو بينها وبينه حائل من مطر مانع ونحوه صبر حتى يزول ، أو في قضاء حاجة فالى أن ينقضي الضروري منها .

ثم قال : وهل يعد اكمال الطعام والحمام وصلاة النافلة وانقطاع المطر غير المانع عذراً ؟ وجهان واستقرب في التذكرة العدم مع حكمه في باب الوكالة بأنها اعذار في رد العين وينبغي أن يكون هنا أولى .

وهل التأخير ليشهد عليه عذر ؟ قيل : نعم ليدفع عن نفسه النزاع واليمين لو أنكر الرد ، وقيل : لا لان قوله في الرد مقبول فلا حاجة الى البينة ، ولان الوديعة مبنية على الاخفاء غالباً ، وفصل آخرون تفصيلا جيداً فقالوا : ان كان المالك وقت الدفع قد اشهد عليه بالايداع فله مثله ليدفع عن نفسه التهمة ، وان لم يكن اشهد عليه عنده لم يكن له ذلك) .

لكنك قد عرفت ان الاطلاق في كلا الطرفين وحتى في التفصيل غير ظاهر الوجه ، بل المعيار ما ذكرناه .

ومنه ما اذا أراد أن يأخذ ماله من المستودع ليشرب به الخمر أو يقامر أو يزني حيث كان عدم الاعطاء من النهي عن المنكر ، أو كان عدم الاعطاء لاجل أن يلتزم بالصلاة ونحوها حيث كان سبباً لاتيانه المعروف ، بل الظاهر انه يجوز أن يسرق منه المال اذا كان ذلك سبباً لعدم وجدانه المال حتى يقامر ويشرب الخمر أو نحو ذلك، فحال عدم اعطاء المال لمن له ، في الحرمة حال سائر المحرمات في ملاحظة الاهم والمهم ولايسمى مثل ذلك خيانة .

ومنه يعلم الحال فيما اذا تعارض بين الواجبين أحدهما لنفسه والاخر أداء الامانة أصلا أو فعلا ،كما اذا كانت تفوت الرفقة اذا ذهب لاداء المال فلايتمكن من أدائه الحج الواجب عليه فيماكان المال يسيراً حيث يرى العرف أهمية الحج على ذلك أو نحو ذلك ، وكذلك فيما اذا توقف نجات المشرفين على الغرق في السفينة اذا لم يلق الوديعة في البحر ، فان ذلك أهم .

وقد تقدم البحث في انه هل يضمن في مثله للاصل أولا لانه يلقيه بأمر شرعي فهو كألقائه بأمر المالك ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[1] وعلى كل حال فليس الواجب حينئذ أداء الامانة أو التعجيل في الاداء ،كما ان العدم ليس من الخيانة في شيء ، وكما لايجب رد الوديعة بل أحياناً يحرم في الموارد المذكورة كذلك لايجب ردها اذا كان قرآناً وارتد المودع أو كان وارثاً له وقد ارتد المورث .

وكذلك حال العبد المسلم بالنسبة الى المرتد ، والسلاح ونحوه بالنسبة الى المحارب الذي كان مسالماً سابقاً ثم اتصف بكونه حربياً حيث يستعمله في الحرب كافراً كان أو باغياً أو ما أشبه كقطاع الطرق حيث يستعمل سلاحه ضد المودع أو غيره من المسلمين .

وليس من الخيانة عدم الرد حتى يظهر حكمه في المشتبه به ، سواء بينه وبين المودع أو بين المودعين ،كما انه ليس منها حفظها حتى يظهر الوارث أو الولي فيما اذا تجنن المودع الى غير ذلك من أمثاله، ثم هل أدلة الوديعة شاملة للكافر الحربي أو منصرفة الى محترم المال ؟ المشهور بل احتمل الاجماع فيه على الاول خصوصاً بعد الامثلة في الروايات كقاتل علي عليه السلام والحسين عليه السلام

(١) سورة التوبة ؛ آية / ٩١ .

وأولاد الانبياءِ ، لكــن أبو الصلاح علــى الثاني والانصراف غير بعيد ، الا ان التجري بالفتوى خلاف فهم المشهور محل اشكال .

ولامنافات بين أن يكون مال الحربي فيئاً للمسلمين وجائز السلب مع عدم ان تكون وديعته كذلك ،كما انه يجوز أسر نساء الحربي لكــن لايجوز وطئهن وهن عنده ،كما اذا تجسس مسلم في لباس الكفار على المحاربين فهل يقال بأنه يجوز له وطيء زوجاتهم وهن في حبائلهم ؟ بل قلنا ان اطلاق أدلة القضاءِ يوجب لزوم الحكم بالحــق فيما اذا اختلفا مسلم وحربي فــي ان المال لايهما والقاضي يعلم انه للحربي ، فهل يصح أن يفتي انه للمسلم ؟ وكذلك الاختلاف في زوجة بينهما الى غير ذلك ، وقتلة علي والحسين عليهما السلام وأولاد الانبياءِ ليسوا بمسلوبــي المال بل المال لهم أو لورثتهم لو ارتدوا بعملهم ذلك .

ويظهر من الجواهر نوع تأمل في المسألة مع الميل الى كلام أبي الصلاح حيث ذكر انه اذا كان المودع حربياً وجب على الودعى ان يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام ، ورماه بعضهم بالشذوذ فقال في الجواهر تعقيباً على ذلك ، لكن ينبغي النظر في مثل الفرض المزبور بعد معلومية جواز تملك مال الحربي وانه فيء للمسلمين وانه كالاموال المباحة وان لـه التوصل اليه بكل طريق من الربـا والسرقة وغيرهما انه لايجوز للودعى تملكه في هذا الحال فيكون ذلك خارجاً من الرخصة في تملكه، أو انه وان جاز له ذلك الا انه يجب عليه رده له وان ملكه عملا بالدليلين معاً الا انه لايخفى صعوبة الالتزام بكل منها بل قد يتأمل في دلالة أدلة المقام علـى مثل ذلك وانما هــي مساقة لبيان وجوب رد الوديعة علــى البر والفاجر والسلم والكافر الذي يمكن تنزيله على محترم المال .

(الى أن قال) : بل قد يشكل رد المال على الحربي بكونه محكوماً بأنه فيىءٍ للمسلمين وملك لهم ، ولعله لذا سمعت الرجوع فيه الى سلطان العدل من أبي الصلاح ، وبالجملة قد ظهر لك من ذلك كله انه ان لم يكن اجماع على وجوب الرد حتى على الحربي وحتى على من عليه حق المقاصة لغيرهم أمكن المناقشة فيه بما عرفت) .

ثم قال الشرائع : الا أن يكون المودع غاصباً لها فيمنع منها ولو مات فطلبها وارثه وجب الانكار .

أقول: وذلك لانه ليس للمودع، فأدلة الوديعة منصرفة عنه قطعاً، بل لاتسمى وديعة الاصورة فيجب على المستودع رد المال الى صاحبه ان عرفه وان جهله عمل بحكم مجهول المالك .

ولذا قال في الشرائع : ويجب اعادتها على المغصوب منه ان عرف وان جهل عرفت سنة ثم جاز التصدق بها عن المالك ويضمن المتصدق ان كره صاحبها.

أقول : وذلك لما ذكرناه في أدلة اللقطة ومجهول المالك وان كان بينهما فرق كما ذكرناه في[كتاب اللقطة] هذا بالاضافة الى خبر حفص بن غياث المنجبر ضعفه بعمل الاكثر قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم فهل يرد عليه ؟ قال : لايرده وان أمكنه أن يرده على صاحبه فعل والا كان بيده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان أصاب صاحبها ردها عليه والاتصدق بها وان جاء بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله وان اختار الغرم غرم له فكان الاجر له.[1]

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٦٨ الباب ١٨ من أبواب اللقطة ح ١ .

لكن من الواضح انه كذلك اذا كان المال متطوع السرقة، أما اذا كان محتملا بين السرقة وبين اللص ففعل المسلم يحمل على الصحيح وان عرفنا انه لص ، بل قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه ان فعل كل انسان يحمل على الصحيح وان كان كافراً لانه مقتضى السيرة من زمان رسول الله ﷺ الى اليوم على ما ذكرنا تفصيله هناك .

وبعد الخبر المذكور المجبور بعمل الاكثر كما عرفت لامجال لخلاف الحلبي والحلي حيث أوجبا ردها الى امام المسلمين ومع التعذر يبقى امانة ثم يوصى بها الى عدل الى حين التمكن من المستحق ، والفاضل في المختلف من انه قواد لانه أحوط ، والمفيد والديلمي حيث أوجبا اخراج الخمس قبل التصدق ولم يذكرا التعريف والفاضل في الارشاد ، وتبعه الشهيد الثاني حيث خيرا بين الصدقة بها بعد اليأس والتعريف مع الضمان وابقائها أمانة .

وعلى أي حال فأدلة اللقطة ومجهول المالك تشمل المقام ولو بالملاك ،وقد ذكرنا في [كتاب اللقطة] صحة اعطاء اللقطة وأمثالها الى الحاكم الشرعي لانه ولي الغائب والقاصر ونحوهما.

ومن ذلك يعرف عدم وجه تردد الجواهر حيث قال : ثم ان الضمان على تقديره هل هو بمعنى رده على صاحبه لو جاء ولم يجز أو بمعنى كونه كسائر الديون فيجب الايصاء به ويجب على الورثة ؟ وجهان :

أولهما : أنسب بأصل البرائة .

وثانيهما : أنسب بقاعدة على اليد ومن أتلف وعدم اجازة الفضولي .

ثم لايخفى ان ذلك لايخص الغاصب ، بل كل من كان عنده مال لغيره بدون مبرر شرعي و أودعه انساناً آخر وان كان معذوراً في استيلائه على المال ، وهل

ينسحب الحكم الى ما اذا كان مع آخر في نزاع وعلم المستودع ان الحق لطرف المودع بدون أن يحكم الحاكم بذلك بعد؟ الظاهر ذلك لان العلم حجة ذاتية لايقف أمامه أي دليل اعتباري ، بل مقتضى القاعدة انه لو حكم الحاكم بأنه لزيد والمستودع يعلم انه لعمرو حق له اعطائه لعمرو الا فيما اذا ذهبت اليمين بالحقوق على التفصيل المذكور في [كتاب القضاء] .

ولو تنازعا وحكم الحاكم بالتنصيف وقد أودع عند المستودع المال فالظاهر انه يسلمه اليهما معاً، وان كان مقتضى علمه الاجمالي انه لاحدهما فقط لان التنصيف حكم شرعي ثانوي يرفع الحكم الاولي .

فلا يقال : كيف وهو يعلم ان نصف المال ليس لمن يعطيه على تأمل ذكروه في مسألة تولد العلم التفصيلي من العلم الاجمالي ؟

ثم ان الشرائع قال : ولو كان الغاصب مزجها بماله ثم أودع الجميع ، فان امكن المستودع تمييز المالين رد عليه ماله ومنع الاخر، وان لم يمكن تمييزهما وجب اعادتهما على الغاصب .

وفي مفتاح الكرامة : ان رد الجميع على المودع خيرة المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتنقيح وايضاح النافع والرياض والغنية والسرائر وفي الاخيرين الاجماع عليه ، والاجماع ظاهر الايضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد ، وفي ايضاح النافع انه المشهور .

أقول : لكن في القواعد والتذكرة التأمل في ذلك ، فان القواعد قال : فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع والارد الجميع على المودع على اشكال ، وفي التذكرة بعد ان أفتى برد الجميع قال : ويحتمل عندي رد قدر مال اللص اليه واحتفاظ الباقي لمالكه .

وعن السيد العميد: ان الاولى ردها الى الحاكم ، ومثله في الايضاح، وحكى نحوه عن جامع المقاصد ، وفي الرياض ان الاوفق بالقواعد ما في المسالك حيث قال : ان الاوفق بالقواعد رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولي الودعى القسمة ان كان مثلياً ، وقدر حق الغاصب معلوماً جمعاً بين الحقين ، والقسمة هنا اجبارية للضرورة تنزيلا للودعى منزلة المالك حيث قد تعلق بضمانه وللحسبة ، ولو امتزج على وجه لايعلم القدر أصلا ففيه اشكال .

ويتوجه حينئذ ما أطلقه الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع امكانه الى أن يعترف الغاصب بقدر معين أو يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المغصوب منه مع تعلق الودعى بالحقين .

أقول: في صورة الخلط حيث يمكن تمييز الحقين يشكل فعل الودعى ذلك، لان التمييز تصرف في مال المغصوب منه ، فاللازم اما اجازته ان امكن والا فالتسليم الى الحاكم ليميز لانه ولي القاصر ، ففتواهم بأن الودعي يفعل ذلك محل نظر ، أما في صورة المزج فلاوجه لفعل الودعى اطلاقاً كما لاوجه لتسليمه الى الغاصب أو المغصوب منه ، بل اللازم اجراء موازين الشركة ، فان اجتمعا على التمييز فهو والا فالحاكم هو المميز ، أما مسألة الجهل بقدر الحقين فهي مسألة ثانوية يلزم أن تحل بينهما بالتصالح أو بتقدر الحاكم حيثما كان المغصوب منه مثلا مجهولا .

وعلى أي حال فاذا لم يكن الحاكم قام مقامه عدول المؤمنين ، واذا لم يكونوا فعل ذلك الودعى حسبة .

ولذا قال في الجواهر : لعل المتجه أولا قيام عدول المؤمنين مقام الحاكم مع تعذره ووكيله ، فان تعذروا فالودعي أو غيره ممن يقوم مقامهم في الحسب ، كما ان المتجه الرجوع الى الحاكم في صورة عدم العلم بالقدر ، بل لعلها أولى من الاولى التي يمكن دعوى خروجها عن موضوع كلام الاصحاب المفروض فيه عدم امكان التمييز حتى بالقسمة بعدم العلم بالقدر ، وربما يكون المتجه حينئذ ضمان الغاصب له بالمثل أو القيمة أو الرجوع الى الصلح معه الى الحاكم أو من يقوم مقامهم مع تعذر المالك).

ومنه يعلم الكلام فيما اذا كان أحد المالين الممزوجين أكثر قيمة أو أقل قيمة أو أحسن أو اردىء الى غير ذلك ، وكذلك فيما اذا لم يعلم ان للغاصب هذا المخلوط أو هذا المخلوط ،كما اذا خلط الحنطة بالشعير فلم يعلم ان أيهما للمغصوب منه وأيهما للغاصب ولم يمكن الاستعلام حيث تحكم قاعدة العدل ، فاذا أودعه اللص عشرة شياة و عشرة أبقار ثم مات ولم يعلم الودعي ان أيهما له وأيهما للمغصوب منه الذي فرض موته أيضاً ، أو نحو الموت أعطى الحاكم نصفهما لورثة هذا ونصفهما لورثة الاخر .

ثم حيث ان رد الجميع على المودع على ما ذكره المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع ظاهر في كونه خلاف الاصل اعتذر عنهم مفتاح الكرامة بقوله : والظاهر انهم عثروا في ذلك على خبر لان المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة متون أخبار خصوصاً مع قول فخر الاسلام انه يستلزم رد المغصوب الى الغاصب وهو حرام لايجوز قطعاً ، فهم لايفتون بشيء بهذا الظهور من الخلاف للقاعدة الا بعثورهم على رواية ، لكن حيث انا لم نعثر عليها لانتمكن أن نفتي بما أفتوا به .

ثم لو كان المودع اشترى بعين المغصوب شيئاً وأودعه الودعى فالظاهر انه كعين المغصوب منه يلزم على المستودع رده الى المغصوب منه كعين ماله ، أما اذا كان الاشتراء بالمالين بما أوجب شركته مع المغصوب منه كانت المسألة كالمزج .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : في موجبات الضمان وينظمها قسمان التفريط والتعدي ، وفي الجواهر : بل قسم واحد وهو التقصير .

وقد تبع في ذلك القواعد حيث قال : في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير وأسبابه ستة ، ثم ذكر الانتفاع والايداع والتقصير في دفع المهلكات والمخالفة في كيفية الحفظ والتضييع بأن يلقيها في مضيعة والجحود ، لكن ما فعله الشرائع أولى ، اذ الذي يكون بين المستودع والوديعة أما سلبي وهو التفريط وأما ايجابي وهو التعدي ، والتقصير وان كان يطلق عليهما ، الا ان مادة التقصير باعتبار معناها أوفق بالايجاب فقط .

وعلى أي حال فربما يقال ان التفريط سلبي والسلب عدم والعدم لايكون سبباً للضمان الذي هو ايجاب لان العدم ليس بشيء حتى يكون سبباً أو مسبباً ، وما يرى من جعله أحدهما أو كليهما في بعض الكلمات فيقال العقاب لمن لم يصل أو الحرمان لمن كان نائماً بين الطلوعين أو الحرمان لمن لم يصل فهو تعبير عرفي ، والا فالواقع ان الفعل سبب ومسبب ، فمن ترك الصلاة عمداً عوقب ، ومن كان نائماً فتركه لم يعط الثواب على حالته السابقة في عدم استحقاقه شيئاً ، والجواب ان التفريط ايجابي أيضاً بالاستمرار في ترك الرعاية .

وعلى أي حال فيدل على الضمان على كل من التفريط والتعدي صدق الخيانة المقابلة للائتمان التي جعلت في النص والفتوى سبباً للضمان ، ولانه اتلاف وتضييع ولشمول دليل اليد ، ولجملة من النصوص الواردة في باب الرهن والمضاربة المشتملة على الضمان بالتعدي والاستهلاك بعد وضوح اشتراك الجميع في الحكم المزبور باعتبار كونها أمانة :

مثل ما رواه اسحاق بن عمار قال: سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن

الرهن بمائة درهم وهو يساوي ثلاثمائة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مائتي درهم ؟ قال : نعم لانه أخذ رهناً فيه فضل وضيعه ، قلت : فهلك نصف الرهن ؟ قال : على حساب ذلك ، قلت : فيترادان الفضل ؟ قال : نعم[1].

وعن أبي العباس ، عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال : سألته كيف يكون الرهن بما فيه اذا كان حيواناً أو دابة أو ذهباً أو فضة أو متاعاً فأصابه جائحة حريق أو لصوص وهلك ماله أجمع سوى ذلك وقد هلك من بين متاعه وليس على مصيبته بينة ؟ قال : اذا ذهب متاعه كله فلم يوجد له شيء فلاشيء عليه ، وقال: ان ذهب من بين ماله وله مال فلا يصدق[2].

وعن محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال: سألته عن الرجل يعطى المال مضاربة وينهى أن يخرج به فخرج ؟ قال : يضمن المال والربح بينهما[3].

وعن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال[4].

وفي روايته الأخرى ، عنه عليه الصلاة والسلام في الرجل يعطى الرجل مالا مضاربة فيخالف ما شرط عليه ؟ قال : هو ضامن والربح بينهما[5]. الى غيرها من الروايات الكثيرة .

أما رواية فضل بن عبدالملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل رهن عنده آخر عبدين فهلك أحدهما أيكون حقه في الاخر ؟ قال : نعم، قلت : أو داراً فاحترقت أيكون حقه في التربة ؟ قال : نعم ، قلت : أو دابتين فهلكت أحديهما أيكون

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٢٩ الباب ٧ من كتاب الرهن ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٣١ الباب ٩ من كتاب الرهن ح ١ .
(٣) و (٤) و (٥) الوسائل : ج ١٣ ص ١٨١ الباب ١ من كتاب المضاربة ح ١ و ٤ و ٥ .

حقه في الاخرى ؟ قال : نعم ، قلت : أو متاعاً فهلك من طول ما تركه أو طعاماً ففسد أوغلاماً فأصابه جدري فعمى أوثياباً تركها مطوية ولم يتعاهدها ولم ينشرها حتى هلكت ؟ فقال : هذا ونحوه واحد يكون حقه عليه[(١)].

ففي الجواهر تبعاً لغيره انه معرض عنه بالنسبة الى الثوب المرهون اذا تلف بترك نشره قال: وان أفتى به بعضهم لكنه شاذ مع امكان حمله على ما اذا لم يكن تفريطاً أو بنهي المالك عنه أو غير ذلك مما لابد منه للجمع بين النصوص التي لاخلاف معتد به في الفتوى بها بالنسبة الى ضمان كل أمانة بالتفريط والتعدي .

لكن الظاهر عدم تعرض الرواية لما نحن فيه اطلاقاً ، فلا حاجة الى حملها على المحامل المذكورة .

هذا بالاضافة الى مكاتبة محمد بن الحسن الى أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف أمره وأخرجها عن ملكه ؟ فوقع عليه السلام : هو ضامن لها انشاء الله[(٢)].

ورواه علي بن محبوب قال :كتب رجل الى الفقيه عليه السلام وذكر مثله[(٣)].

ويؤيده رواية الدعائم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها أو هلكت من غير خيانة منه عليها ولا استهلاك لها فلاضمان عليه[(٤)].

ثم ان المسالك فرق بين التعدي والتفريط بقوله: والفرق بينهما ان التفريط

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ١٢٨ الباب ٦ من كتاب الرهن ح ١ .

(٢) و(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ١ وذيله .

(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٢ .

أمر عدمي وهو ترك ما يجب فعله من الحفظ ونحوه، والتعدي أمر وجودي وهو فعل ما لايجوز فعله كلبس الثوب ونحوه ، لكن الظاهر انه أراد بالأمر العدمي ما ذكرناه لاالعدم المحض ، والاورد عليه ما تقدم .

ولذا قال في الجواهر مستشكلاعليه: قدعبر عنه في نصوص الرهن بالاستهلاك والتضييع ونحو ذلك مما هو أمر وجودي أيضاً ، وان تقوم بعض أفراده بالعدم فلا يكفي حينئذ في اثباته بالاصل كما أشرنا اليه سابقاً .

لكن قوله : وان تقوم بعض أفراده بالعدم محل تأمل ، اذ الوجود لايتقوم بالعدم ، فان العدم ليس بشيء حتى يكون في مجال الوجود اطلاقاً ، كما ان العدم لايتقوم بالوجود اطلاقاً ، والاصل جار فيه لان السقي والاعتناء ونحوهما أمر وجودي، فاذا شككنا في انه فعله أم لاكان الاصل العدم لو لاالدليل الثانوي.

ثم ان الشرائع مثل للتفريط بأن يطرحها فيما ليس بحرز أو يترك سقي الدابة أو علفها أو نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر .

ومن الواضح ان ماذكره من باب المثال ، اذ يمكن أن يطرح الوديعة فيما ليس بحرز ، لكنه لايذهب عنها بل يقف عليها مما لايسمى تفريطاً ، وكذلك يترك سقي الدابة أو علفها بينما هي تذهب الى السقي والعلف ، أو يترك نشر الثوب الذي يفتقر الى النشر لكن الريح تنشره بما لايوجب فساده ، الى غير ذلك .

ثم ان الجواهر قال : ولعل الامر في ذلك كله سهل بعد الاتفاق على عدم قبول دعوى المودع عليه بذلك من دون بينة ، ولو لانه أمين يصدق في دعوى عدم التفريط ، أو لان قوله موافق لاصالة البرائة من الضمان الذي هو غير محتاج الى واسطة بخلاف عدم نشر الثوب الذي هو واسطة في اثبات الضمان) .

لكن الظاهر ان أصل البراءة من الضمان لامجال له بعد وجود الاصل السببي، ثم ان التفريط ان كان عن علم وعمد وقدرة فلا اشكال في الضمان، بل الاجماع عليه ، أما اذا كان عن جهل أو نسيان أو سهو أو غفلة أو جنون أو نحو ذلك ، أو كان لاجل ان الجائر لم يتركه يعتني بها ، أو كان من جهة أحوال جوية كالمطر الغزير والسيل الجارف الحائل بينه وبين الوديعة حتى يذهب اليها ويصلحها،أو خوف حيوان أو خوف انسان ، أو اضطرار من جهة اشتغال بالاهم أو مرض لم يقدر معه من الحفظ الى غير ذلك ، فالظاهر ان دليل الرفع وما غلب الله عليه وما أشبه يشمله ، بالاضافة الى انه ليس من الخيانة في شيء ، وقد عرفت ان الخيانة محور الحكم .

نعم اذا كان السبب الظالم والمكره ومن أشبه فالضمان عليه لانه السبب فيشمله دليل من أتلف ونحوه .

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن القواعد حيث قال : ولو ضيع بالنسيان فالاقرب الضمان وهو المحكى عن التحرير والايضاح وجامع المقاصد أيضاً .

وقد مال اليه الجواهر أخيراً بعد أن تردد فيه حيث قال : انما الكلام في اقتضاء ذلك الضمان منه حتى لو كان الجهل باحتياج الوديعة لذلك أو نسياناً أو اكراهاً ونحو ذلك مما يكون الودعى معذوراً فيه شرعاً، وجهان ، لكن الانصاف امكان مايقضي بتسليم مباشرة الاتلاف ونحوه مما يصح النسبة معه حتى مع الغفلة والنسيان ، ولعل هذا هو المدار في التفريط والتعدي ، فما كان من أفرادهما كذلك ضمن حتى مع النسيان والا فلا) .

نعم اذا كان شيء من ذلك مما ينسب اليه عرفاً حتى يسمى خيانة ونحوها ضمن ، فان للوديعة شئوناً في العرف ولو من جهة لزوم الفحص عما يلائمها اذا

تركها الانسان كان خائناً ، وكذلك الحال فيما اذا اكره وكان سبب الاكراه هو بنفسه بأن اخبر الجائر ان عنده مال فلان فحال الجائر بينه وبين الحفظ لعداوة له مع المودع أو ماأشبه ذلك ، وكذلك اذا كان النسيان لايعد عذراً لانه نشأ من الاهمال ، وقد تكلمنا حول النسيان العذري وغير العذري في [كتاب الطهارة] والصلاة تبعاً للفقهاء الذين ذكروه هناك .

ومما تقدم ظهر انه ليس من التفريط ماعمل حسب الموازين العرفية ، لكنه عطب بسبب مفاجات بحيث انه لو كان يعلم المستقبل ما كان عمل حسب الميزان العرفي ، ولم يعطب، مثلا ترك الحيوان في الصحراء في الصيف لكن تغيم الجو فجئة ونزل المطر بما سبب البرد الشديد فهلك ، أو جاء السيل المفاجيء فجرف به ، أو انفجر البركان لمن كان قريباً منه فأهلك ، الى غير ذلك .

وكذلك حال ماذكره الجواهر فيعداد التفريطات بقوله : أو يودعها من غير ضرورة ولا اذن ، فانه حيث كان من غير ضرورة ولا اذن ولا عرفية يكون موجباً للضمان ، أما اذا كان من ضرورة أو اذن أوعرفية فلا ضمان ، وقد تقدمت المكاتبة الدالة على ذلك .

ولافرق في كون المودع عنده زوجته أو عبده أو خادمه أو جاره أو صديقه أو غيرهم ،كما لافرق بين أن يكون ثقة أو غير ثقة ، وهكذا لافرق بين أن يجعل ذلك الغير مستقلا بها أو شريكاً في الحفظ بحيث يغيب عن نظره .

وفي المسالك هو موضع وفاق ولانه تصرف في مال الغير بغير اذنه ، لان المالك لم يرض بيد غيره وأمانته ، ثم قال : وفي حكم مشاركة غيره فيالوديعة وضعها في محل مشترك في التصرف بحيث لايلاحظها في سائر الاوقات ، سواء كان خارجاً عن داره أم غير خارج .

نعم لو كان عند مفارقته لضروراته يستحفظ من يثق به ويلاحظ المحرز في عوداته رجح في التذكرة اغتفاره لقضاء العادة به ، ولانه ايداع عند الحاجة) .

والميزان ماذكرناه من الضرورة والاذنوالعرفية وهي من مصاديق الاذن لكنها حسب الارتكاز والاذن صريح، وهي مختلفة في مورد عن مورد ووديعة عن وديعة وزمان عن زمان ومكان عن مكان وحالة عن حالة كما لايخفى .

ثم اللازم الاقتصار في الضرورات والاذن والعرفية على مواردها وربما كانت ضرورة لكن البقاء عنده أقل ضرراً من الايداع ، كما اذا كان الايداع يوجب تلف نصف القطيع بينما البقاء عنده يوجب تلف أقل من النصف ، الى غير ذلك ،ولو تعارض الامران من جهتين لوحظ الاهمية مثلا اذا بقى عنده ذهب الغاصب بخياره ، أما اذا أودعه ذهب أكثر كمية وأقل كيفية فان اللازم الايداع والعكس بالعكس، واذا تساويا كماً في أحدهما وكيفاً في الاخر تخير .

قال في المسالك : لو حصل ضرورة الايداع بأن خاف عليها من سرق أو حرق أو نهب أو أراد سفراً فتعذر ردها الى المالك ، أو وكيله دفعها الى الحاكم ولايسمى ذلك ايداعاً ، فان تعذر أودعها العدل وهذا هوالخارج بالقيد ، فلايجوز ايداعها للضرورة ابتداءاً بل على الوجه الذي فصلناه ، وسيأتي في كلامه التنبيه عليه .

أقول : المهم أن يكون الايداع وعدم الايداع حفظاً للامانة عرفاً ويكون خلافه خيانة ، فكل ما تحققت الخيانة يجب الاجتناب عنها ، كمانه كلما تحققت الامانة العرفية يجب العمل بها ، والا فالضرورة ليست عنواناً في نص أو اجماع أو ماأشبه ذلك في باب الوديعة كما ان العرفية كذلك ، نعم الاذن يكون من باب ان الوديعة تقدر بقدره .

ومن الواضح ان قول المسالك دفعها الى الحاكم من باب المثال ، فانه اذا لم يكن حاكم صح ايداعه وكيله ، فاذا لم يكن وكيله صح ايداعه للمؤمنين على حسب ماذكروه في ولاية الفقيه .

ثم من الواضح ان الضرورة لاتخرج الوديعة عن كونها وديعة وانما تكون من باب الحفظ المأمور شرعاً ، لان الاذن في عقد الوديعة شامل لمثل ذلك ولو ارتكازاً ، ثم ان الوديع الثاني وديع للمالك ان كان الاذن ولو الارتكازي شامل له أما اذا لم يكن كذلك بل أودعه الوديع الاول من باب أمر الشارع بذلك فانه يكون وديعاً للوديع الاول .

فلا وجه للاطلاق في أحد الجانبين وان كان ظاهر الجواهر ذلك مع توقفه في المسألة قائلا: وهل يكون الوديع الثاني حينئذ وديعاً للمالك فلاينفسخ بموت الوديع الاول مثلا أو انه وديع له لا للمالك ؟ ثم قال : انه هل يحكم بالضمان مثلا بمجرد الايداع حتى يعلم الضرورة أو الاذن أو يحكم بالبرائة حتى يعلم عدم الضرورة والاذن ؟ وجهان) .

لكن الظاهر ان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحيح خصوصاً الوديع الذي هو مؤتمن ان فعله يحمل على الضرورة ، ولا مجال للاصل في المقام بأن يقال الاصل عدم الضرورة فهو ضامن ، ومن الواضح تصديق الامين في بعض الضرورة والاذن ، فقول الجواهر : ان له وجهاً وان كان يقوى خلافه ، محل نظر .

ثم قال : كما انه قد يقوى الحكم بالضمان بمجرد الايداع مثلا أو السفر بها مع عدم ثبوت الضرورة والاذن ولو بدعواه ذلك بناءاً على تصديقه لموت ونحوه).

لكنه غيرظاهر بل اللازم الحكم بعدم الضمان ، وكأنه أشار الى الاشكال فيما ذكره بقوله أخيراً فتأمل .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول القواعد حيث قال : ولوأخرجها من منزله للسقي مع أمن الطريق أو خوفه ضمن الا مع الضرورة كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه ، اذ قد عرفت ان المستثنى ليس الضرورة فقط ، بل العرفية والاذن أيضاً ، والفرق بين الاذن والعرفية ان الاذن صريح والعرفية ارتكاز .

وفي مفتاح الكرامة : ان قضية الماتن كالمبسوط انه لافرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه ، ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه أو غلامه مع صحبته له وعدمه ، لان النقل تصرف وهو غير جائز ، وفيه انه من أين ان النقل غير جائز الا في صورة الضرورة ، وقد عرفت ان المستثنى أكثر من الضرورة .

كما ان مما تقدم يعرف وجه القبول والرد في قول التذكرة : اذا احتاج المستودع الى اخراج الدابة لعلفها وسقيها جاز له ذلك لان الحفظ متوقف عليه ولا ضمان ، ولافرق في ذلك بين أن يكون الطريق آمناً أومخوفاً اذا خاف التلف بترك السقي واضطر الى اخراجها ، وان أخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي فان كان الطريق آمناً لاخوف فيه وأمكنه سقيها في موضعها فالاقرب عدم الضمان لجريان العادة بذلك .

ثم لو أخرجها للضرورة وكان هناك طريقان أحدهما أطول أو أوعر أو ماأشبه ذلك فان رأى العرف التساوي تخير والا قدم ماكان عرفياً ، ولو كان الاطول أو الاوعر أو ماأشبه ذلك لمحذور في الطريق الاسهل ونحوه .

والمراد بالسفر العرفي لا الشرعي كما لايخفى لان الدليل أعم منه .

واذا أودعه السيارة أو الباخرة أو الطائرة أو القطار أو الدراجة أو ما أشبه

ذلك فان كان في ابقائها في محلها محذور سار بها ، سواء ساقها بنفسه أو بثقة بقدر الضرورة أو الاذن أو العرفية لوضوح عدم خصوصية للدابة ، بل الملاك آت فيها ولو كان المتعارف استصحاب الحيوان في الطريق استصحبه ، فلو اتفق العطب أو افتراس مفترس له أو ماأشبه ذلك لم يضمن .

وكذلك حال ماذا كانت الوديعة طيراً أو هراً أو سمكة تعود الطير الطيران ثم الرجوع ، وكذلك بالنسبة الى الاخرين حيث تذهب السمكة من الساقية الى النهر ثم ترجع فاتفق عطبهما بسبب غير مألوف .

ومنه يعلم حال ماذا أودعه طفلا غير بالغ فيذهب الطفل بنفسه الى المدرسة أو مجنوناً يتعارف ذهابه الى الشارع ورجوعه ، نعم في الماليات ينفع الاذن وان كان في ذلك التصرف خطر ، أما في مثل الانسان لاينفع الاذن في موضع الخطر لانه لايجوز للوديع المخاطرة به وان اذن له وليه فيه ، فيبقى الاستثناء بجوازه شرعاً بالاضافة الى العرفية والاضطرار .

ومنه يعلم وجه التقييد في قول الشرائع : أو يسافر بها كذلك مع خوف الطريق وأمنه ، ومراده بكذلك أي بلا ضرورة ولا اذن ، وفي الجواهر بلا خلاف أجده فيه ، وفي التذكرة لو سافر بها مع القدرة على صاحبها أو وكيله أو الحاكم أو الامين ضمن عند علمائنا أجمع ، سواء كان السفر مخوفاً أو غير مخوف .

لكنك قد عرفت ان مقتضى القاعدة التقييد ، أما الحديث المروي في كتبنا الفقهية وكتب العامة عن النبي ﷺ ان (المسافر وماله لعلى تلف الا ماوقى الله)(١)

---

(١) راجع كشف الخفاء للعجلوني الرقم ٢٠١٤ .

فالمراد به أكثرية العطب في السفر ، والا فكل من المستثنى والمستثنى منه جار في الحضر أيضاً، فاللازم مراعات الاذن والضرورة والعرفية في كل من السفر بها أو البقاء في الحضر وربما يرجح ذلك وربما يرجح هذا وربما يكون التخيير .

وقد أشار الى لزوم السفر بها عند الضرورة التذكرة قائلا : لو اضطر الى السفربالوديعة بأن يضطر الى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم تجد المالك ولا وكيله ، أو اتفق جلاء لاهل البلد أو وقع حريق أو غارة أو نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر بها ، ولا ضمان اجماعاً لان حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب ، فاذا لايتم الا بالسفر بها كان السفر واجباً ولانعلم فيه خلافاً .

ثم ليس الامر خاصاً بالدابة ، بل الحال كذلك في السفر بسائر الودائع من الكتب والامتعة والالات والاغذية والمشروبات وغيرها ، ولو تمكن من حوالة النقد من بلد بسبب المصرف الى بلد آخر ومن استصحابه في السفر ، فان كان أحد الثلاثة بالاستصحاب فهو والا لزم الحوالة لانها أمن بخلاف السفر به ، نعم احتمال العطب غير العقلائي في السفر لااعتناء به .

ولو كانت هناك عدة أسفار بعضها أكثر أمناً من بعض كالسفر بها بالسيارة أو القطار أوالطائرة أوالباخرة ، فان تساوت عرفاً تخير والا كان اللازم اختيار الاكثر أمناً ، الا اذا كان احتمال عدم الامن في غيره غير عقلائي .

ومثل الوسائل المتعددة فيما ذكرناه من التخيير أوالتقديم ماإذا أمكن أسفار متعددة الى مواضع متعددة ، مثلا يتمكن من السفر بها من بغداد الى سامراء أو الى النجف أو الى كربلاء لوحدة الملاك في الموضعين ، ومثل حال الاسفار

المتعددة الايام المختلفة كالسبت والاحد والاثنين ، أو الاسفار التي يصاحب لها فيها عبده أو ولده أو أخوه أو غيرهم .

ثم هل يجوز السفر أو عدم الحرز مع تحمله الضمان ؟ الظاهر العدم لان هناك تكليفاً ووضعاً ، والتحمل يكفي في الوضع لا التكليف ، نعم اذا كان اذن أو ارتكاز كما اذا قال ان فرطت لا شيء عليك الا الضمان أو كان ذلك ارتكازه جاز .

قال في الجواهر : لو فرض كون السفر ضرورياً له أو ضرورياً لها سافر بها حينئذ ولا ضمان عليه .

أقول : ان كان السفر ضرورياً للوديعة فكما ذكره ، أما اذا كان ضرورياً له فلا اشكال في رفعه التكليف ، أما رفعه الوضع ففيه الكلام السابق حيث ذكرنا احتمال الضمان من جهة عدم التنافي بين الامرين ،فهو كما اذا اضطر الى استعمال الوديعة بأكل الطعام أو لبس اللباس أو ماأشبه ذلك حيث يضمن .

اللهم الا أن يقال انه ليس المقام مثل أكل الطعام ونحوه من حيث ان في أكل الطعام يأتي دليل من أتلف وعلى اليد ونحوهما بخلاف المقام حيث لايسمى سفره الضروري خيانة ، وقد عرفت فيما سبق ان الحكم دائرمدار الخيانة وجوداً وعدماً فتأمل .

ومنه يعلم ما اذا كان الامر ضرورياً للثالث ،كما اذا كان غريق يريد انقاذه وبانقاذه ينهب الوديعة الناهب أو يسرقها السارق أو ماأشبه ذلك .

وكيف كان فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في اطلاق كل من الجانبين مما لخصها الجواهر في ضمن مسائل :

منها: ان له السفر وان لم يكن ضرورياً له ولا يحرم عليه السفر من جهتها

كما سمعته من المبسوط والتذكرة الا انه يجب عليه الرد المزبور ، وقد يناقش فيه ان لم يكن اجماعاً بأنه مخالف للسيرة المستمرة في جميع الاعصاروالامصار على السفر من الوديعيين بدون ذلك والاكتفاء ببقائها في حرزها اللائق بها في داره التي بيد زوجته وأولاده وعياله ، وليس ذلك ايداعاً لها عندهم بل هو نحو اللبث أياماً عديدة لما دون المسافة بالاعتكاف وغيره ، والوديعة في حرزها بيد الناظر لها ولداره من عياله وغيرهم ومع التسليم يتجه وجوب القيام عليه مقدمة للحفظ الواجب عليه .

ومنها : وجوب السفر بها مع الخوف عليها مقدمة للحفظ الواجب عليه ، وقد يناقش بعدم ثبوته على الاطلاق كي يكون ذلك واجباً عليه للمقدمة .

ومنها : التخيير بين السفر بها ضامناً لها أو لا والاقامة مع تعذر النفقة .

ثم الظاهر كما ألمعنا الى مثله فيما سبق انه لو زعم ضرورة السفر بها فسافر ثم تبين العكس ، أو زعم ضرورة ابقائها فأبقاها وسافر هو ثم ظهر العكس لم يكن ضمان لان الانسان مكلف أن يعمل حسب نظره بل المودع لايريد منه الا ذلك ،ولوكان في كل من السفربهاوالابقاء لها احتمال الخطر لم يستبعد استصحاب النصف وابقاء النصف لانه مقتضى العقلائية كتنصيف المال المحتمل كونه لهذا أو ذاك ، وكذلك حال ما اذا كان هناك حرزان أحدهما محل الخطر فانه ينصف المال بينهما نصفين ،فان المخالفة الاحتمالية في النصف مع القطع بسلامة النصف أولى عقلا وارتكازاً من التغرير بالكل .

ثم ان من التفريط أو التعدى ما ذكره الشرائع بقوله : طرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها، وليس المراد التعفن فقط بل الافساد كذلك، ومثل الاقمشة الكتب ونحوها لوحدة الملاك في الجميع .

أما مافي المسالك من انه يمكن اعتبار كونه ضرراً لها مطلقاً فلايجوز وضع الثوب في موضع يعفنه وان عزم على نقله قبل الفساد نظراً الى انه ليس بحرز له عادة ، ففيه مالايخفى لان المعيار الفساد بعد فرض كون المحل حرزاً ، فكلامه متدافع .

ثم قال الشرائع : وكذا لو ترك سقي الدابة وعلفها مدة لاتصبر عليها في العادة فماتت به .

أقول : مثل الموت في الضمان المرض أو نقص عضو أو نحوه كما اذا عميت أو ماأشبه ذلك .

ثم ان المسالك قال: واعلم ان الواجب علفها وسقيها كحسب العادة لامثالها فالنقصان عنه يعد تفريطاً سواء صبرت عليه أم لا ، ومتى عد تفريطاً صار ضامناً لها وان ماتت بغيره هذا هو الذي يقتضيه قواعد الوديعة .

أقول : لكن مقتضى القاعدة عدم الضمان ان لم تمت ، وان كان مثل هذه المسألة مشهوراً عندهم على ماسيأتي تفصيل الكلام فيه .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة وكأن الشهيد أخذه منه قال: لوامتنع المستودع من ذلك وعن السقي والعلف حتى مضت مدة تموت مثل تلك الدابة في مثل تلك المدة نظر ان ماتت ضمنها وان لم تمت دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها ، ثم لايخفى ان الضمان في صورة الضمان انما هو اذا علم أو شك في العطب لا ما اذا اطمئن بالعدم كما تقدم مثله ، وانما يكون الشك موجباً للضمان لانه من الخيانة عرفاً اذا كان الشك موجباً لتجنب العقلاء ، بل الاحتمال الموجب لتجنبهم حاله حال القطع بالتضرر ، كما اذا كان مائة آنية أحدها سم قاتل فان العقلاء لايقدمون على شربه

الا في غاية الضرورة من باب الاهم والمهم .

واذا احتاج حفظ الامانة على العلم وكان المستودع فاقداً له وجب عليه تحصيله ،كما اذا لم يعلم كيفية حفظ الحيوان أو السيارة أو غيرهما كالثياب والامتعة والكتب والادوية والمعاجين والحبوب ونحوها ،واذا كان الحفظ والقيام بشئون الوديعة على قسمين حفظ للابقاء وحفظ للانماء كالحيوان اذا سقى بالماءِ العذب نمى واذا سقى بغيره لم ينم بل يبقى كحالته السابقة ، فاللازم الحفظ المبقى لا المنمى لعدم الدليل عليه .

واذا كان الحيوان سميناً سمناً مضراً فلم يحفظه بما يبقى سمنه بل هزل هزالا نافعاً فهل يضمن أولا ؟ الظاهر العدم الا اذا كان المودع ولو ارتكازاً يريد ذلك المضر وذلك لدليل الخيانة وعدمها في الفرعين .

ومنه يعلم حال مالو كان عدم المشي بالحيوان يوجب ترهله فلم يمش به حتى ترهل ،وكذلك حال السجاد اذا لم يوضع تحت الاقدام ، الى غير ذلك من الامثلة التي جامعها هو لزوم الحفظ لا أكثر ولا أقل .

ومن صور التفريط ماذا ترك الفحل حتى ينزو على الانثى مما يوجب ضعفه وهزاله ، أوترك الانثى حتى ينزوعليها الفحل فيحبلها مما يخشى عليها من الحمل والولادة ،وكذلك الحيوان اذا تركه حتى يهارشه حيوان آخر مما يوجب ضعفه أو جرحه أو نقصه جسدياً أو في بعض قواه كأن يعمى أو موته .

ومما ذكرناه يظهر وجه مااختاره مناهج المتقين خلافاً لغيره حيث قال : لا فرق في الضمان عند التفريط بين كون تفريطه علماً عمداً اختياراً أو عن جهل أو نسيان أو غفلة أو اكراه ، وقيل : لايضمن اذا كان عن جهل أو نسيان أو غفلة أو اكراه وهذا أشبه ، ولكن الاحوط الاول ، ومن المعلوم ان الاحتياط فيما ذكره

لكنه استحبابي لما عرفت من الدليل ، هذا تمام الكلام في التفريط .

أما التعدي فقد مثل له الشرائع بأن يلبس الثوب أو يركب الدابة أو يخرجها من حرزها لينتفع بها ، نعم لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية .

أقول : وكل ذلك فيما اذا لم يكن لمصلحة الوديعة والا لم يكن من التعدي في شيء ، أما ان النية بمجردها لاتوجب الضمان فللاصل مع ظهور عدم صدق الخيانة بالعزم على الانتفاع بها فيما يأتي من الزمان بدون أن يفعله ، ثم ان الخيانة الفعلية لاتتحقق مع الاشتباه ، كما اذا زعم ان الحيوان الفلاني وديعة وذبحه لاكله متعمداً ثم تبين انه حيوان نفسه ، فان الوديعة باقية على حالها من الامانة وعدم ضمانه لها ، كما انه لو لبس ثياب الوديعة بزعم انها ثيابه فظهر انها وديعة لم تكن خيانة ، وكذلك اذا زعم موت المودع الذي يرثه فاستعمل الكتاب مثلا باعتبار انه ارثه فظهر عدم موته ، الى غير ذلك من الامثلة .

أما اذا كان عنده وديعة لزيد وأخرى لعمرو فخان في وديعة عمرو زاعماً انها لزيد لعداوة بينه وبين زيد فانه خيانة لتحقق مقومات الخيانة عرفاً ، وان كان اشتبه في التطبيق ، ومثله في الخيانية ما لو كان له ثوب وثوب آخر عنده وديعة فلبس أحدهما بقصد انه مهما كان من ماله أو الوديعة غير مهم فظهر انه الوديعة فانه خيانة ، وان كان لو ظهر انه ثوب نفسه لم تكن خيانة .

ومما تقدم من ان النية وحدها لاتؤثر في تحول الامانة الى الخيانة يظهر وجه النظر فيما ذكره في الجواهر حيث قال : أما لو نوى الغصب في استدامة القبض صار ضامناً وغاصباً لكونه كما لو قبضها من أول الامر على وجه الخيانة لا الامانة على ما اعترف به في المسالك) .

حيث انه لادليل على انه لو أخذها من أول الامر على وجه الخيانة قصداً يكون ضامناً ، وكذلك حال الاستدامة .

ومنه يعلم انه لاوجه للوجهين في المسألة ، بل اللازم الجزم بما ذكرناه ، فما ذكره المسالك محل تأمل قال : وفي تأثير النية في استدامة الاخذكما يؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت اليد في الموضعين مقترناً بالنية الموجب للضمان ، ومن انه لم يحدث فعلامع قصد الخيانة والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان وتردد في التذكرة .

ويتحقق ذلك في صور : منها ان ينوي الاخذ ولم يأخذ ، أو الاستعمال ولم يستعمل، أو أن لايرد الوديعة بعد طلب المالك، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك، فقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية .

وللتأمل في قول القواعد في [كتاب الغصب] ان المودع اذا جحد أو عزم على المنع فهو من وقت الجحود والعزم غاصب ، ولهذا وقع التدافع بين كلامه هناك وكلامه هنا في الوديعة حيث قال: لو نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ به لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان سبب أمانته مجرد النية ، وكذا أي يضمن لوجدد الامساك لنفسه أو نوى بالاخذ من المالك الانتفاع .

ثم انمقتضى تأثير النية في الضمان على ما ذكروا انه لوكانت عنده وديعتان فنوى أخذ أحديهماكان ضامناً لهما لانه خيانة بالنسبة اليهما، سواء أخذ بعد ذلك احديهما أم لا ، ولو كانت الوديعة بحاجة الى الاستعمال كلبس الثوب واستعمال السجاد لاجل عدم الفساد ولم يعلم بذلك فلبسه أو استعمله بنية الاغتصاب خيانة لم يكن خيانة ولم يوجب الضمان لان الخيانة أمر واقعي ، وهذا ليس منه لانه فعله خيالا لامطابقاً للواقع .

ثم ان الشرائع قال: ولو طلبت منه فامتنع من الرد مع القدرة ضمن، وذلك واضح لانقطاع الاذن بالاستنابة في حفظها ، وقد تغيرت يد الائتمان حينئذ الى يد العدوان ، لكن اللازم وجود القدرة العقلية والشرعية والعرفية على ما تقدم تفصيل الكلام في ذلك .

وهذا هو الذي قاله في القواعد حيث قال : فان أخر لغير عذر ضمن ومعه لاضمان ، وفي مفتاح الكرامة صرحت به كلمات أكثرهم .

قال في الشرائع: وكذا لو جحدها ثم قامت عليه بينة أو اعترف بها ، وانما يكون ضامناً في هذه الصورة لانقطاع الاذن فهي حينئذ في يده مضمونة عليه كسائر الغصاب ، اذ لافرق في الغصب بين الابتداءِ والاستدامة ، هذا بالاضافة الى خيانته بجحوده .

ثم ان المسالك اشترط في الضمان أن يكون الجحود بعد طلب المالك لها منه قال : فلو جحدها ابتداءاً أو عند سؤال غيره لم يضر لان الوديعة مبنية على الاخفاء ، فانكاره لها بغير طلب يوجب الرد أقرب الى الحفظ ، ولو لم يطلبها المالك لكن سأله عنها قال لي عندك وديعة فأنكر ففي الضمان قولان :

أحدهما : العدم اختاره في التذكرة لانه لم يمسكها لنفسه ولم يقريده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها ومجرد السؤال لايبطل الوديعة ولايرفع الامانة بخلاف الطلب .

والثاني : ثبوته لان جحوده يقتضي كون يده ليست عن المالك ، لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث هو لازمه ، فلايكون أميناً عنه فيضمن ، واختاره المحقق الشيخ علي .

وهو متجه لكن فرعه الاول محتاج الى التفصيل بين ما اذا كان الجحود

لاجل الاخفاء لا لاجل ارادته غصبها، اذ لو جحد مريد الغصب فهو خيانة ودليل اليد يقتضي الضمان بعد انقطاع كونها وديعة حينئذ ، ولو شك في ان الجحود كان لهذا أو لهذا كان الظاهر انه جحود خيانة الا أن يثبت خلافه .

وما في الجواهر من ان اصالة البرائة واستصحاب الامانة وغيرهما يقتضى العدم ، ولعله الاقوى، غير ظاهر بعد ظهور الجحود في الخيانة عُرفاً، نعم مقتضى القاعدة قبول قوله اذا قال اردت بذلك الاخفاء لاالجحود، لانه أعلم بنيته والامين مؤتمن ، ثم ان ما وجهه المسالك تبعاً للشيخ علي هو الوجه في فرعه الثاني لما ذكره ، وقد سبقهما فيه الفخر ولحقهما صاحب الجواهر .

ثم لو أظهر لجحوده عذراً بنسيان أو سهو أو غفلة أو ما أشبه ذلك لم يكن ضمان ان صدقه المالك ، وان لم يصدقه فالظاهر عدم الضمان أيضاً لان الانسان أخبر بنفسه من غيره ، ودليل الامين مؤتمن آت هنا ، فقول الجواهر : والاضمن عملا بظاهر الحال واصالة عدم النسيان ، غير ظاهر الوجه ،كما انه لو كان الجحود لمصلحة الوديعة بأن قصد به دفع ظالم أو متغلب أو نحو ذلك لم يضمن لوضوح بقاء يده على الامانة وانكاره احسان محض ﴿وما على المحسنين من سبيل﴾[١] .

ومما تقدم يظهر حال ما اذا أقر بالبعض وجحد البعض فلكل حكمه، ولو كان اللازم الجحود لدفع يد الظالم فأقر عالماً عامداً لم يستبعد الضمان لان اقراره في مثل المقام خيانة ، ولو جحد قائلا لم أعلم ان الطالب هو صاحبها بل زعمت انه انسان آخر قبل قوله لما تقدم من انه أخبر بنيته ، ولو جحد وأبدى العذر بأن

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

المالك كان له قصد الحرام بنفسه كمجامعته معه اذا كان حيواناً أو بجعله ثمناً للحرام كاشتراء الخمر والخنزير بـه احتاج الى الاثبات لانه ادعاء علـى الغير ، ولـو ادعـى المالك عليه الجحود فهو ضامـن وأنكـر فالمالك محتاج الـى الاثبات والافعليه اليمين .

ومما تقدم ظهر انه لافرق في الجحود العذري بين أن يكون لاجل نفسه أو لاجل الوديعة حيث يغصبها الغاصب ان علم انها وديعة زيد ، أو لاجـل المالك حيث اذا أقر وعلم الظالم انها للمالك عاقب المالك، بل وكذلك اذا كان لاجل الغير كما اذا سأل الظالم ولد المالك أو أخاه أو جاره انه هل للمالك ملك فقالوا لا فاذا أقر المستودع عاقب الظالم المنكر .

ثم قال الشرائع : ويضمن لو خلطها بمالـه بحيث لايتميز ، وفي الجواهـر بلا خلاف أجده .

أقول : كل تصرف لم يكن باذن او ضرورة أو ارتكاز يكون من الخيانة عرفاً، سواء كان بالمزج أو الخلـط أو الصهر مثل الذهـب والفضة يذابـان أو الشمش منه يصنـع الحلى ، أو البناء في مثل الحديد والاجر ، أو الخياطة في القماش ، أو القص في مثل الجلد، أو الاحبال في مثل الحيوان ، أو الطحن والعجن والخبز فـي مثل الحنطـة والشعير ، أو اجـراء العملية الجراحية عليه فـي مثل الحيوان حيث ينقصه عضواً أو قوة أو يزيده عضواً، أو النشر في مثل الخشب، أو الصبغ في مثل الثوب ونحوه ، أو التفريق في مثل الكتاب أو جمـع الاوراق فـي كتاب مجلد ، أو الصنـع فـي مثل الخشب يجعله بابـاً ، أو اسقاط حـمل الحيوان ، أو الاجهال في مثل الحيوان المعلم يزرقه ابـرة يسبب لـه جهلا أو خبلا أو مـا أشبه ذلك، أو الوطي في مثل الحيوان المحلل فيحرم، أو في مثل الدابة فيجب الاذهاب

به الى بلد آخر ، الى آخر ما ذكروه في [كتاب الحدود] .

ولو لم يوجب تحريماً فهل يعد كذلك من الخيانة كما اذا جامعت المرأة المستودعة بقرد المودع أو كلبه أو حيوانه المحلل حيث لايوجب ذلك تحريماً له ؟ احتمالان ، وكذلك بالنسبة الى وطي المستودع قرده وكلبه وما أشبه .

ومن الخيانة أيضاً لوفك السيارة أو الغسالة أو البرادة أو المبردة أو المروحة أو ما أشبه ثم جمعها مرة ثانية .

قال في المسالك : ويفهم من قوله خلطها بماله انه لو خلطها بمال المالك لم يضمن وليس كذلك بل يضمن على التقديرين .

أقول : وهو كما ذكره .

ثم قال: ولافرق هنا بين أن يكون المالان عنده وديعة فيمزج أحدهما بالاخر وكون الاخر أمانة بغير الوديعة أو غصباً لصدق التصرف المنهى عنه في ذلك كله وربما كان للمالك غرض في الامتياز .

أقول : ولاحاجة في أن يكون للمالك غرض ، اذ التصرف غير المأذون فيه شرعاً أو مالكاً أو عقلا ممنوع عنه ويعد خيانة .

ثم قال: ويفهم من قيد الحيثية بعدم التمييز انه لو تميز المالان لايضمن والحكم فيه كذلك ان لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه ، كما لو كان المال في كيس مختوم ونحو ذلك فالضمان المنفي على تقدير الامتياز من حيث المزج وان أوجب الضمان من حيثية أخرى) . وهو كما ذكره .

وعلق عليه الجواهر بقوله: ولعله كذلك للأصل ان لم نقل بتحقيق العدوان في نفس الخلط والمزج باعتبار كونه تصرفاً في الوديعة غير ما هو نائب فيه ولا من مقدماته ، والا ففيه اشكال) .

وعلى هذا فمقتضى القاعدة التفصيل لا الاطلاق من هذا الجانب أو ذاك الجانب .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: وكذا يضمن لو أودعه مالا في كيس مختوم أو في صندوق مقفل أو مدفوناً ففتح ختمه وقفله ونبشه ان لم يكن بقصد أخذ شيء منه، وكذا ما أشبه الختم في الدلالة على قصد المالك الاخفاء كالخياطة ونحوها .

أقول : لاحاجة الى الدلالة على قصد المالك في الاخفاء ، بل كل تصرف لم يأذن به الشارع والمالك يكون من التعدي والخيانة عرفاً .

قال في المسالك : ونبه بقوله في كيس مختوم على ان الختم المانع من تصرف المستودع هو ختم المالك ، فلو كان من المستودع لم يضمن لانه لاهتك فيه ولا نقصان عما فعله المالك ، هذا اذا لم يكن الختم منه بأمر المالك والا كان في حكم ختم المالك ، لكنك قد عرفت انه لايمكن اطلاق القول في هذا الطرف أو في هذا الطرف ، سواء كان الختم من المالك أو بأمره أو من المستودع ، اذ ربما يختم المستودع لكن فتحه يكون خيانة وتصرفاً زائداً .

ثم قال : وحيث يضمن بالفتح يصير ضامناً للمظروف وفي ضمانه للظرف وجهان : أجودهما ذلك للتصرف فيه المنهى عنه ، واستقرب في التذكرة العدم لانه لم يقصد الخيانة في الظرف ويضعف بأن قصد الخيانة لادخل له في الضمان بل التصرف .

أقول : مما تقدم تعرف الكلام في كلا الاطلاقين .

كما منه يعلم وجه النظر في اطلاق ما ذكره الجواهر مناقشاً عليه حيث قال: يمكن المناقشة فيه بأنهما معاً تصرف غير مأذون فيه فهو تعد عما هو نائب فيه

فيضمن أيضاً كما اعترف بـه جامـع المقاصد ، اللهم الا أن يقال بكـون العدوان الذي يتبعه الضمان خصوص مـا يصدق عليه الخيانة عرفـاً مـن التصرف لا مطلقاً وان اثم به باعتبار عدم الاذن فيه .

أقول : الاثم أيضاً ليس مطلقاً .

وقد ظهر مما تقدم وجه النظر في اطلاق الاردبيلي عدم الضمان في شيء من ذلك حتى في فتح الختم للاصل وعدم التصرف والتقصير في الحفظ ولـم يثبت كون هتك الحرز موجباً للضمان ولابد له من دليل .

كما ان من ذلك يظهر وجه النظر في اطلاق ما في المسالك من انه لو خرق الكيس فـان كان الخرق تحت موضـع الختم فهو كفض الختم ، وان كان فوقـه لم يضمن الانتصان الخرق ، وقد حكى ذلك عـن المبسوط والتذكرة والتحرير أيضاً .

وقد أجـاد مناهج المتقين حيث قال : مـن التعدي أيضاً فتح ختم الكيس المودع عنده مختوماً ، سواء أخذ منه شيئاً بعد فتحه أم لا ، ولا بين كونه مشتملا على علامـة المالك أم لا ، الا اذا علـم عادة بعدم المنـع من فك مالا علامـة عليه ورضاه بذلك ، ومثل ختم الكيس قفل الصندوق ونحوه ، كما ان مثل فتح الختم بفك القفل خرق الكيس تحت الختم وكسر الصندوق ونبش المدفون .

أما قوله بعد ذلك : ولو كان الختم من المستودع لم يكـن فتحه تعدياً الا اذا كان ختمه بأمر المالك ، ولا يضمن الكيس والصندوق ونحوهما بفتح الختم وفك القفل بل ما فيها خاصة على الاظهر ، فاطلاقه غير ظاهر .

ولـو بخـّر المودع أو فتح رأس قنينة العطـر ونحوه أو اشعل المصباح أو أطفأه ، ففي الاول يكون خيانة الا اذا تمكن من ارجاعه بأن كان التبخير في فضاء

مغلق، اللهم الا اذا كان بدون رضا المالك وأذنه، وفي فتح رأس القنينة التفصيل السابق، كما ان في المصباح التفصيل المذكور، ومثله ما لو ملأ المصباح أو نحوه بالنفط أو أفرغه منه ، أو ملأ الثلاجة ونحوها بالغاز أو أفرغها منه لوحدة الملاك في الجميع .

ثم قال الشرائع : وكذا لو أودعه كيسين فمزجهما ، وحيث قد عرفت تفصيل الكلام في ذلك بين كونهما لمالكين أو لمالك واحد ، الى غير ذلك من الخصوصيات فلا حاجة الى اعادة الكلام .

ولو أودعوه الدواب والبهائم ونحوها فجعل جميعها في الاصطبل أو المراح، أو جعل الاسماك في الحوض ، أو الطيور في القفص ، فان كان مال المودع وحده أو كان ماله عن مال غيره مميزاً لم يكن من الخيانة ونحوها ، والا أمكن كونه من الخيانة فيقول له العرف لماذا خلطت هذا الخلط الموجب للاشتراك أو القرعة ، الا اذا كان ضرورة أو نحوها كما عرفت .

ومما ذكرناه فيما سبق من نقص قوة أو عضو أو زيادة أي منهما يعرف وجه الكلام في قول الجواهر : ولو أتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي ، كما لو قطع يد العبد وبعض الثوب ، ولو كان منفصلا أو الاتلاف خطاءاً ففي القواعد ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم ، وقد يشكل مع صدق الاتحاد عرفاً بتحقق الخيانة ، بل قد يدعى ان المدار في الاتحاد أيداع الجميع بعقد واحد الا انه لايخلو من بحث .

نعم الظاهر انه ليس من الخيانة اذا قطع السلعة أو الاصبع الزائدة في الحيوان أو العبد ، أو أجرى عملية جراحية لبتر سائر الاعضاء الزائدة ، أو فعل العملية للتجميل لاستقامة الانف ، أو رفع الشعر الزائد الذي أخذ مساحة من

الجبهة ، أو تبديل الصلح الى مشعر ، أو جعل بيضة لمن له بيضة واحدة ، أوغير ذلك من الامثلة لوجود الارتكاز في الرضا والاجازة من المالك .

ثم قال الشرائع: وكذا لو أمره باجارتها لحمل أخف فأجرها لاثقل، أولاسهل فأجرها لاشق كالقطن والحديد ، وفي الجواهر بلا اشكال ولا خلاف لصدق التعدي والخيانة .

ومنه يعلم حال ما لو أمره بأيجارها لطريق خاص فآجرها لطريق آخر ، أو لراكب خاص شخصاً أو صنفاً كالرجل مثلا فآجرها لغيره ، أو في زمان خاص أو مكان خاص أو بشرط خاص ، أو أن يعلف الدابة في السير علفاً خاصاً، أويسكب في القطار أو الطائرة أو الباخرة أو السيارة أو الدراجة أو ما أشبه بنزيناً خاصاً ففعل خلاف ذلك، سواء بالاجود أو المساوي أو الارديء أو الارخص أو الاغلى، لان كل ذلك خلاف اذن المالك فيضمن .

وكذلك الحال فيما اذا كان ارتكاز بأحد الاقسام المذكورة فخالف الارتكاز الى شيء آخر لما عرفت مكرراً من ان الارتكاز قائم مقام اللفظ ونحوه .

ومما ذكر يعلم حال ما اذا أمره بحمل أثقل أو أصعب فخالف ، أو أمره باستصحابها في السفر بنفسه أوبابنه أو ما أشبه ذلك .

ثم ان المسالك قال : وهل يتحقق بمجرد العقد ؟ يحتمل ذلك لتسليطه على الانتفاع والعدوان فيخرج عن كونه أميناً كما يضمن بجحوده بل بمجرد نيته على قول مع عدم فعل مايوجب الضمان وعدمه ،كما لو نوى الخيانة أوالتفريط ، أو قال انه يفعل ذلك ولم يفعل ولم أقف في ذلك على شيء يعتد به ، وفيه موضعا نظر :

الاول : ما تقدم من ان النية بمجردها لاتوجب الخيانة .

والثاني : ان مجرد العقد لما كان فاسداً لايكون خيانة لانه لم يكن تصرف في العين ، وانما كلام خارجي لايرتبط بالعين لاشرعاً ولاعرفاً .

نعم ربما يقال بأن مثله خيانة عرفية وان كان باطلا شرعاً بل وعرفاً أيضاً ، فهو مثل ما اذا أجرى العقد على ذات محرم حيث ان العقد بمجرده وان لم يرتب أثراً عليه حرام مع انه لايؤثر شرعاً ولاعرفاً على ما فصلناه في [كتاب النكاح] .

ومما تقدم يعرف وجه النظر فيما في مناهج المتقين حيث قال : ولو نوى عند أخذ الوديعة من المودع التصرف كانت يده عادية وضمنها بذلك بخلاف ما لو نوى عند الاخذ الحفظ ثم نوى بعد ذلك الخيانة ، فانه حينئذ مجردة لاتوجب الضمان ، وانما يضمن بلحوق التعدي ، اذ قد عرفت انه لاتأثير للنية وعليه بيان الفارق بين الفرعين .

ومما تقدم يعلم وجه الضمان فيما اذا أودعه شيئاً وأمره بتحميله على دابتين أو دابة واحدة أو دابة خاصة أو ما أشبه ذلك فخالف ، أو أودعه السيارة وأمره بحمل خمسة اشخاص فيها فحمل فيها أقل أو أكثر الا في المستثنيات الثلاثة التي ذكرناها سابقاً .

ثم قال في المسالك : المضمون على تقدير المخالفة هو الجميع لتحقق العدوان في ذلك الانتفاع مع احتمال التقسيط خصوصاً في حمل الاثقل ، لان القدر المأذون فيه ليس بمضمون وانما تعدي في الزائد فيقسط التالف عليهما ، وعلى هذا فيعتبر في الاضر ما ساوى المأذون من الضرر مع احتمال ضمان الجميع هنا وان قلنا به ثم، لان مجموع الحمل مغاير للمأذون بخلاف الاثقل اذا كان الثقل مستنداً الى زيادة المقدار مع اتحاد الجنس ،كما اذا أذن له في حمل قفيز فآجرها بقفيزين).

وفيه انه لاوجه لاحتمال التقسيط بعد رؤية العرف الخيانة، بل قد عرفت انه لو أمره بحمل الاثقل فحمل الاخف كان من الخيانة اذا لم يكن أحد المستثنيات الثلاثة، ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه لايخفى مافيه لضرورة كون مراد المصنف ضمان نفس العين التي لاينبغي التوقف في ضمانها أجمع للتعدي المزبور .

أقول: نعم اذا كانا منفصلين كان من التعدي في الجملة ،كما اذا أودعه دابتين وأمره بأن يحمل على كل واحدة قفيزاً فحمل على أحديهما قفيزاً وعلى الاخرى قفيزين ، فانه لايضمن الا الدابة المخالف فيها ، ولو أمره بحمل قفيز عليها فجاء ظالم وحملها قفيزاً له لم يجز له حمل القفيز الاخر لانه خلاف اذن المالك الذي أراد به حمل قفيز واحد ، واذا كان قفيزه محملا قبل ذلك عليها ثم حملها الظالم قفيزه وجب انزال قفيزه فوراً ، فلو تماهل كان خيانة حسب الموازين العرفية .

ولا فرق بين أمره بالتجارة أو الرهن أو الصلح أو البيع أو المضاربة أو المزارعة أو المساقاة أو غير ذلك لوحدة الملاك في الجميع ، وعلى هذا فكل مخالفة في سائر الخصوصيات توجب الخيانة ، سواء كانت خصوصية زمانية أو مكانية أو غيرهما ، وكذلك الحال في الانتفاع كما اذا قال له لاتنتفع بالدابة الا في الركوب فاركب عليها حملا ، أو قال لا تنتفع من الارض الا بالسكنى فزرع فيها ، الى غير ذلك .

ومما تقدم يعلم حال ماذكره الشرائع حيث قال : ولو جعلها المالك في حرز مقفل ثم أودعها ففتح المودع الحرز وأخذ بعضها ضمن الجميع ، ولو لم تكن مودعة في حرز أو كانت مودعة في حرز للمودع فأخذ بعضها ضمن ماأخذ .

أقول : وذلك لانه من الخيانة والتعدي ، وكذلك اذا ترك الصندوق يفتحه ولده أو انسان آخر فانه من التفريط والخيانة ، سواء أخذ منها أو لم يأخذ ،

والحرز للمودع بالفتح حاله حال الحرز للمودع بالكسر أو لثالث ، فانه اذاأودعه في الحرز بنظر المالك وقفله لا حق له في الفتح اذا عد ذلك خيانة والمحور هي الخيانة عرفاً ، فقد لا يكون الفتحلحرز المودع بالكسر خيانة وقد يكون الفتح لحرز المودع بالفتح خيانة .

وحيث قد عرفت الملاك في الضمان وعدمه لايمكن القول بالاطلاق في أحد الجانبين فيما ذكره المسالك بقوله : لو نوى التصرف في الوديعة عند أخذها بحيث أخذها على هذا القصد كانت مضمونة عليه مطلقاً ، لانه لم يقبضها على وجه الامانة ، بل على سبيل الخيانة ، وفي تأثير النية في استدامة الاخذ كما تؤثر في ابتدائه وجهان من ثبوت اليد في الموضعين مقروناً بالنية الموجب للضمان ،ومن انه لم يحدث فعلا مع قصد الخيانة والشك في تأثير مجرد القصد في الضمان وتردد في التذكرة .

ويتحقق ذلك في صور منها : أن ينوي الاخذ ولم يأخذ ، أو الاستعمال ولم يستعمل ، أو أن لايرد الوديعة اذا طلب المالك ، ولم يتلفظ بالجحود وغير ذلك وقد جزم المصنف فيما سبق بأنه لو نوى الانتفاع لم يضمن بمجرد النية) .

ولو علم المستودع بتصرف الغير في الوديعة قهراً لم يكن عليه شيء وان كان باختياره بأن أمكن الحيلولة بينه وبينها بدون عسر، أو حرج ،أو ضرر ، أو ضرورة ، سواءِ كان الاختيار ابتداءً أو استدامة بأن تمكن بعد زمان من الانقاذ ولم ينقذ كان ضامناً في الاول مطلقاً وفي الثاني من حيث تمكن ، أما اذا انعكس بأن تمكن من الحيلولة أولا دون الثاني فالظاهر كونه خيانة مطلقاً حتى بالنسبة الى الوقت الثاني ، فالخيانة توجب الضمان مطلقاً وان خرج عن يده في الوقت الثاني كما اذا جاء السيل وذهب بالوديعة بما لو لم يخن لم يذهب بها السيل ،

ولو قلنا ان النية توجب الخيانة فالظاهر انه نيته بنفسه لا نيةوكيله أوولده أو سائر متعلقاته .

ولو أودع المستودع الوديعة الحرز أمام الظالم ونحوه مما عد تفريطاً فيها حيث انه يعلم بوضعها في الموضع الفلاني فيأخذها منه كان فيه الضمان لانه من التفريط والخيانة ، وحيث قد عرفت ان الميزان هو التفريط عرفاً يكون الاطلاق فيما ذكروه مقيداً .

قال في المناهل : الحق أيضاً في القواعد والتحرير والروضة والرياض بما ذكر ما لو أخبر بمكانها اللص فسرقها ، وزاد في القواعد مادل سارقاً عليها وما لو أقر بها لظالم ، ولو أخبره بها في الجملة ولم يعين له مكانها فحكى في المسالك عن التذكرة انه لايضمن واستشكله قائلا : ويشكل ان كان مع كونه سبباً في السرقة لانه تفريط .

نعم لو لم يقصدها اللص فاتفقت مصادفته لها توجه ذلك ، وهذا بخلاف الظالم فان معلمه يضمن مطلقاً ، والفرق ان الظالم اذا علم بها أخذها قهراً والسارق لا يمكنه أخذه الا اذا علم موضعها .

وصرح في الروضة والمسالك ومجمع الفائدة والرياض بأن المستودع يضمن لو كان سبباً في الاخذ القهري ولايمكنه الدفع ، وأما مع عدمه كما لو علم أو ظن ان فعله ذلك لايوجب الاخذ القهري ولايصير سبباً ثم تبين خطاء اعتقاده ففي ضمانه حينئذ اشكال والاقرب عدمه) .

أما اذا لم يعلم انه يضعه في الحرز بمرئي ومسمع من الظالم أو من يخبره لم يضمن لعدم التفريط والخيانة عرفاً ، ومثل كونه بمرئي الظالم ما كان بمرئي الفضول الذي يتكلم اعتباطاً في كل مكان حتى يصل كلامه الى الظالم ولو احتمالا

عقلائياً ، وهكذا اذا كان هناك حيوان يدل الظالم عليه كالكلب والقرد المعلمين، ومثله في التفريط ما اذا وضعها بمتناول حيوان يأكله أو يسرقه كالغراب يسرق الحلى والفار يسرق الليرات الذهبية والطير يأكل الحب .

ثم ان الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهر: ولو أعاد بدله لم يبرء الا مع اجازة المالك لعدم صيرورته بدلا بدون قبض المالك ، وحينئذ فلو أعاده ومزجه بالباقي ضمن ما أخذه خاصة مع التمييز بل الجميع في وجه تقدم سابقاً ، وأما لو أعاد بدله ومزجه ببقية الوديعة مزجاً لايتميز ضمن الجميع قطعاً لما سمعتهمن تحقق التعدي بذلك) . وهوكما ذكراه .

وهذا في غير ما اذا كان ولياً في تشخيص الكلي في الفرد كالاب والجد بالنسبة الى الصغير والحاكم ووكيله بالنسبة الى الصغير وغيره ، والا تشخص الكلي فيذلك الفرد الذي جعله بدلا عن المتلف ، هذا فيما اذا كان الاخذ ع واناً والاكما اذا كان نسياناً أو نحوه أو للقرض حيث يجوز القرض للارتكاز فلاضمان اذا أعاده .

والظاهر ان الرواية الواردة في القرض ناظرة الى الارتكاز ، ففي خبر الخثعمي ، عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن صاحبه ؟ فقال : لايأخذ الا أن يكون له اذن ، قال : قلت : أرأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي يضمنهيأخذ منه ؟ قال : نعم[1] .

وفي خبر علي بن جعفر ، عن أخيه موسى عليه السلام المروي عن قرب الاسناد

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ١ .

ومستطرفات السرائر سألته عن رجل كانت عنده وديعة لرجل فاحتاج اليها هل يصلح له أن يأخذ منها وهو مجمع أن يردها بغير اذن صاحبها ؟ قال : اذا كان عنده وفاء فلابأس أن يأخذه ويرده[١].

واذا اخذ من المعدود بعضه كالشياة والدراهم والكتب والاثواب ونحوها ثم رده فتلف ذلك المأخوذ بنفسه ضمنه دون غيره ، أما اذا تلف المجهول من المأخوذ وغير المأخوذ فهل يضمن الكامل أو بالنسبة ؟ احتمالان من اصالة عدم رد الوديعة لاحتمال أن يكون التالف ما ضمنه فاللازم رده كله ، ومن انه يأتي فيه قاعدة الاشتراك فاللازم الرد بالنسبة .

قال في الجواهر : لو كان الجميع عشرة دراهم وأخذ منها درهماً ثم رده اليها وتلف بغير تفريط لم يلزمه الا درهم ، ولو تلف منها خمسة لزمه نصف درهم وهكذا .

ثم أشكل عليه بقوله قلت : قد يتوقف في تنقيح قاعدة تقتضي ذلك ، اللهم الا أن تكون هي قاعدة الاشتراك في الملك بالمزج القهري وفي العين بقيام الاحتمال منهما مع عدم الترجيح، والا فقاعدة على اليد تقتضي ضمان المأخوذ حتى يعلم ادائه الى مالكه فيلزمه حينئذ ضمان الدرهم مع تلف الخمسة أيضاً لعدم العلم بالاداء مع دفع الباقي الى المالك) .

ومنه يعلم حال ما اذا كان غير متعدد كالسمن والماء والزيت والدبس ونحوها لكن ظالماً أفرز بعضه حيث لم يكن الضمان على المستودع فأخذ ذلك البعض المستودع تعدياً وظلماً ثم صبه على الباقي فتلف مقدار ذلك البعض كأوقية في

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٣ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٢ .

المجموع فهل يضمنها أو يضمن بالنسبة على ماتقدم ؟ لكن مقتضى القاعدة ضمان الكل لماذكر من الاصل بعد عدم دليل على تمشي قاعدة الاشتراك في المقام ، ثم مثل مزجه بنفسه ما اذا تركه في مكان يمزجه ولده ونحوه ، لان السبب أقوى من المباشر وان كان المازج أيضاً ضامناً .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : يجوز السفر بالوديعة اذا خاف تلفها مع الاقامة ثم لايضمن ، ولايجوز السفر مع ظهورامارة الخوف، ولو سافر والحال هذه ضمن .

أقول : المعيار هو التعدي والتفريط والخيانة على ما قد عرفت، والمستثنى الموجب لعدم الضمان الاذن والضرورة ونحوهما على ما تقدم ، فاذا خاف من تلف الوديعة مع ابقائها وحدها وتعذر الرد الى المالك أو وكيله أو الحاكم أو الايداع الى أمين أوما أشبه مما سبق جاز السفر بل قد يجب، وانما يكون الجواز بالمعنى الاخص فيما اذا كان كل من السفر والبقاء على حد سواء في الخطر والخوف .

وعلى هذا فاذا كان أحد من السفر والحضر أحرز قدم على الاخروان تساويا تخير ، واذا كان في أحدهما الحرز دون الاخر تعين أيضاً، وان ظهر الخلاف بعد ذلك وقد عمل بالموازين العقلائية لم يكن ضامناً لان الانسان لايكلف باكثر من الموازين العقلائية ، بل المودع لايريد منه الامثل ذلك في غير ما أمر بالاحتياط حتى يكون خارجاً عن الاذن ، وليس الامر خاصاً بالسفر والحضر بل بالنقل من دار الى دار ومن مكان الى مكان ومن علو الى سفل ومن سفل الى علو ، الى غير ذلك من أقسام التنقلات .

ولو أمره بالوضع في بيت أو صندوق أو ما أشبه فخاف انهدام السقف وتلفه ، أو أمره بالابقاء في البلد فخاف اللصوص مما خرج المكان المحدود عن الحرزية ، أو أمره بالسفر بها حيث كان السفر أمناً فصار غير أمن الى غير ذلك عمل بالعقلائي، ولو كان فيه مخالفة للمودع والا كان ضامناً لانه ارتكازي المودع حسب العرف .

ولو خالف بالنقل حيث قالوا بالضمان فظهر التلف في البقاء فهل يضمن نظراً الى زعم المستودع أولا نظراً الى الواقع ؟ احتمالان لكن الارتكاز على ارادة المودع الواقع اذا لم يكن تقييد بالخلاف .

ومنه يعلم حال ما اذا خالف وكان كل من المكان الاول المأمور به والثاني المنهى عنه سفراً أو حضراً محل التلف بسبب السيل أو باللص أو بنحوهما قال في القواعد (في أسباب الضمان) : المخالفة في كيفية الحفظ، فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل، الا الى ماهو أحرز أو مساو على رأي ، فان تلفت بالنقل اليه لانهدامه ضمن) .

وظاهره انه لو تلف بغير الانهدام بموت طبيعي أو تلف طبيعي لم يضمن كما فسره بذلك مفتاح الكرامة ، لكنه محل اشكال لان اليد لما صارت خيانية كان الضمان ، سواء كان التلف بسبب النقل أو بسبب طبيعي .

قال في مفتاح الكرامة : ان المصنف أراد أن ينبه على انها لو تلفت لابسبب النقل كالموت فانه لايضمن لانه فعل سائغ لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه بخلاف التلف بالانهدام ، فانه بانهدامه ظهر انه ليس مساوياً ولا أحرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا أذن من المودع في الواقع ، ومثله مكترى الدابة للركوب لو ربطها في بيت أو اصطبل فماتت لم يضمن ، وان انهدم ضمن لانه تبين انه فرط في ربطها فيه حيث لم يراعه ، ويبقى الكلام فيما اذا سرقت أو غصبت من ذلك البيت المنقولة اليه ففيه وجهان) .

وقد عرفت ان الملاك هو صدق الخيانة والتعدي والتفريط وما أشبه .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائع : لايبرء المودع الابردها الـى المالك أو وكيله ، فان فقدهما فالى الحاكم مـع العذر ومع عدم العذر يضمن ، ولـو فقد الحاكم وخشى تلفها جاز أيداعها من ثقة ، ولو تلفت لم يضمن .

أقول : هذا هو المشهور بين الاصحاب بل في المسالك لانعلم فيه خلافـاً بينهم ووافقهم جماعة من العامة، فان الوديعة لما كانت عقداً جائزاً جاز للمستودع ردها في كل وقت ، فاذا كان المالك أو وكيله أو وليه موجـوداً أعطاها له ، ولا يبرء حينئذ بردها الى الحاكم لانه لاولاية له على الحاضر الرشيد .

أما اذا لم يكن المالك ووكيله ووليه وأراد المستودع ردها وجب أن يردها على الحاكم ، سواء كان له حاجة الى الرد من ضرورة أو خوف حرق أو سرقة أو نهب أو ما أشبه ذلك ، أو لم تكن لـه ضرورة خلافاً للمشهور الذين حصروا الأمر فـي الضرورة ووجهوا ذلك بأنه قد التزم الحفظ فلا يبرء الا بدفعه الـى المالك أو وكيله ، لان المالك لم يرض بيد غيره اذ لاضرورة له الـى اخراجها من يده ، فاللازم عليه أن يحفظها الى أن يجد المالك أو يتجدد له العذر .

لكن مقتضى القاعدة ماذكرناه وفاقاً لبعض الاصحاب حيث قال في المسالك: أجاز بعضهم دفعها الى الحاكم عند تعذر المالك مطلقاً لانه بمنزلة وكيله ، وليس بذلك البعيد، وهو كما ذكراه ، اذ لايلزم على الانسان أن يحفظ مـال غيره وليس معنى قبوله الوديعة وهي عقد جائز أن يبقى على الحفظ وان فسخ ، فانه خلاف دليل سلطنة الناس على أموالهم وأنفسهم .

وقد اختار هذا الجواهر قائلا بعد نقله كلام الاصحاب : قد يقال ان لم يكن اجماعاً بعد جواز فسخ الوديعة له فـي كل وقت وحينئذ تكون أمانة شرعية فـي يده يجب ردها على المالك أو وكيله أو وليه وهو الحاكم وان لم يكن ضرورة).

نعم اذا شرط المالك انه اذا فسخها لم يكن له اعطائها الا بيده أو يد وكيله لم يصح له اعطائها للحاكم حسب الشرط .

لايقال : لامجال للشرط بعد بطلان العقد بل الشرط في العقد الجائز غير واجب النفوذ لان الفرع لا يزيد على الاصل .

لانه يقال : بعد الغض عن قول جماعة بأن الشرط في العقد الجائز أيضاً واجب الوفاء على ما حققناه في بعض مباحث الفقه، تسليمها الى غير المشروط خيانة .

وعلى كل حال بعد وضوح وجوب القبول على الحاكم في صورة عذر المستودع الظاهر وجوب القبول عليه في صورة عدم عذره أيضاً ، لانه منصوب للمصالح وهذه منها ، ولذا علله غير واحد بأنه او لم يجب القبض عليه فاتت المصلحة المطلوبة من نصبه ، فلا مجال لاصالة البرائة وان احتملها بعضهم ، ولذا قوى الوجوب في المسالك والجواهر وشبها حمل المديون الدين مع غيبة المدين والمغصوب ما غصبه الى الحاكم بالمقام .

ثم الظاهر ان للحاكم أن يقبضها بنفسه أو يوكل من يقبضها ، لان وكيل الحاكم بمنزلة الحاكم ، ولا دليل على خصوصية الحاكم ، فقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه ان قوله عليه الصلاة والسلام : (قد جعلته عليكم حاكماً) يؤخذ الموضوع في شؤون الحاكم من العرف ، ولاشك ان العرف يرون ان مثل ذلك من شئون الحاكم .

ولذا قال في مناهج المتقين: وهل للحاكم عند اقتضاء تكليف المستودع الرد اليه أن يمتنع من كل من القبول وتوكيل من يقبضها عنه أم لا ؟ وجهان أقربهما العدم .

ثم الظاهر انه ان فقد الحاكم أو وكيله تخير بين حفظها بنفسه غير ضامن

لها وبين اعطائها للثقة كما أشرنا الى مثل هذه المسألة في بعض المباحث السابقة، فان قوله عليه السلام: (ان كان مثلك ومثل عبدالحميد فلا بأس)[1] يعطي ذلك، فلا خصوصية للثقة وعدول المؤمنين في المقام بمعنى لزوم مغايرتها لنفس المستودع .

ثم لو عين الحاكم ثقة ليدفعها اليه وكان المستودع يرى عدم وثاقة ذلك وان الحاكم لايعلم بمايعلم هو به لم يجز له دفعها اليه، وهل له دفعها الى الحاكم مع علمه بأنه يدفعها الى من ليس بثقة عند المستودع ؟ لايبعد ذلك بعد جعل الشارع له قائماً مقام المالك، أما ماذا يفعل الحاكم فليس من تكليف المستودع، اللهم الا أن يقال ان أدلة الحاكم منصرفة عن مثل ذلك ، فهو مثل أن يوكل الحاكم في طلاق زوجته وهو يعلم ان الحاكم يشتبه فيطلقها بدون الشهود أو بدون عدالتهم أو في حال الحيض أو ما أشبه ذلك .

والحاصل ان الحاكم طريق وهو لايقف أمام العلم ، وهذا الى الصناعة أقرب .

ثم لو لم يكن الحاكم مبسوط اليد هل يجوز ايداعها للجائر ؟ الظاهر جوازه اذا اضطر وكان الجائر يحفظها كما في حكومات بلاد الاسلام اليوم بشرط عدم وجود الثقة الحافظ لها ، وقد ذكرنا في [كتابي التقليد والقضاء] جواز مراجعة الجائرين مع الاضطرار ، ولو كان الاضطرار بمعنى انه يريد تحصيل ماله أو ماأشبه مما ليس من مثل الاضطرار الى شرب الخمر وأكل لحم الخنزير .

وعلى أي حال فقد تبين مما تقدم وجه ما ذكره الشرائع بقوله : لو قدر على الحاكم فدفعها الى الثقة ضمن، لما عرفت من الترتيب بين الحاكم وبين

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٧٠ الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٢ .

الثقة ، فلايجوز تقديم الثقة على الحاكم ، نعم اذا لم يقبل الحاكم الوديعة أمـا لعدم بسط يده أو لعدم رؤية وجـوب ذلك عليه اجتهاداً مثلا جاز اعطائها للثقة ، وكذلك في سائر الموارد الشبيهة بهذه المسألة .

أما قول الشرائع بعد ذلك : اذا أراد السفر فدفنها ضمن الا أن يخشى المعاجلة ففى اطلاقه نظر وان تبعه القواعد والارشاد وغيرهما ، اذ الدفن قـد يكون أولى من التسليم الى الحاكم أو في عرضه ، فلاوجه لاطلاق الضمان .

ولذا أشكل عليه الجواهر بأن في ما ذكره نظر لضرورة ابتناء ذلك على ما سمعته من وجوب الرد على الترتيب المزبور والدفن مناف له والاعلام ليس رداً ولا أيداعاً ، اذفيه ما عرفت من عدم الدليل على أيداع العدل بخصوصه بل هو أحد أفراد الحفظ ، كما انه لو خشى عليها من معاجلة السارق والظالم لم يضمن حينئذ بالدفن المراعى مقدارما يتمكن منه من الحرزية والاعلام ونحوهما لانحصار طريق حفظها حينئذ بذلك .

ثم انه لايلزم أن يكون الخوف من الظالم والسارق ونحوهما ، بل اذا خاف من نفسه حيث يجـد نفسه شبقاً بحيث يمكن أن يجامع الحيوان المودع عنده أوخاف من ولده أو نحوه بمثل هذا الخوف وجب عليه التخلص منها بالرد الى المالك أووكيله أو وليه أووصيه ، ومع عدم الامكان باعطائها الى الحاكم ، ومثله حال سائر المخاوف كاستعماله و أكله و قتله و ما أشبه ذلك لوحدة الملاك في الجميع .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال : اذا أراد المستودع المسافرة وترك ردها الى المالك أومن يقوم مقامه ولا الى الحاكم ولا الثقة بـل دفنها مع امكان شيء من أفراد الرد المذكورة ضمنها ، سواء تعـذر عليه بعض

أفراد الرد مع امكان الباقي أولم يتعذر شيء منها ، وسواء دفنها في حرز أمغيره أعلم الثقة أوالفاسق بذلك أولم يعلم أحداً ، وسواءكان الثقة الذي أخبره فيمنزل الدفن أوخارجاً عنه ، وسواء كان مضطراً الى السفر أم لا ، وسواء كان الدفن مغيراً لها أملا) .

كماانه اذا أراد الدفن فيموضع لزم ان يكونحرزأعرفياً ، ولايلزم الاحفظ فالاحفظ لانه لادليل عليه بعدالعرفية في انه ليس من الخيانة ومن حفظ الامانة ، فقول مناهج المتقين : نعم لوتعذر ايصالها الى من ذكر اما خوفاً من التلف أو لمعالجة رفقة على وجهلايمكنه التأخير الىالايصال جاز له الدفن في حرزمراعياً الاحفظ من الامكنة ، غيرظاهرالوجه .

ولا يخفى انه لاخصوصية للدفن بل الجعل في مكان أمين ولو بالالقاء في بالوعة أو نهر أو بئر أوحوض أو نحوها ، وفي مثل الطير والسباع و الاسماك ونحوها باطلاقها في الغابة والهواءوالماء فيما اذا تيقن بامكان ارجاعها لانسهابه، كما في الدلفين بالنسبة الى الحيوانات البحرية ، و الطيور والسباع المألوفة بالنسبة الى معلمها ، الى غيرذلك .

(مسألة -٧-) قال في الشرائع : لوأعاد الوديعة بعد التفريط الى الحرز لم يبرء ، ولوجدد المالك له الاستئمان بريء ، وفي القواعد : ولاتعودأمانته لوترك الخيانة ، وفي مفتاح الكرامة كما صرح به جماعة وهو قضية كلام الآخرين ، وقديقال أن اجماع التذكرة يتناوله .

ثمقال العلامة : فلوردالوديعة الى الحرزلم يزل الضمان مالم يجددالاستئمان وفي مفتاح الكرامة في عدم عود الامانة لم يحك الخلاف الاعن أبي حنيفةقال: لانه مأمور بالحفظ في جميع الاوقات ، فاذا خالف في جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظكان ممسكاً على الوجهالمأمور بهأي كان ماسكاً بأمرصاحبها ، وينقض عليه بما اذا جحدها ثم أقربهاوبما اذا ردالسارق السرقةالى موضعها ، وبالحكم المذكور هنا صرح فيالمبسوط والخلاف وغيرهما .

أقول : حاصل دليل المشهور الحل بأنه خرج عن الامانة فعودها بحاجةالى الدليل والنقض بالسارق ونحوه ، وفي كلاالدليلين نظر ، أما الاول فلان الحكم تابع لموضوعه فانالتفريط والتعدييوجبالخيانة مادامه باقيين ، أما مع فقدهما فيقال انه قدخان سابقاً لانه الان خائن الا اذا قيل بأن المشتق حقيقة فيما انقضى عنه المبدء وهوخلاف رأي المحققين ، وأما الثاني ففيه :

أولا : ان كلمقام دل الدليلعلى بقاء الحكم السابق نقول به ، والافمقتضى القاعدة ماعرفت.

وثانياً: من أين يقال بضمان السارق والجاحد اذا ردوأقر، وان قيل للاستصحاب يقال بعد تبدل الموضوع لااستصحاب ، ومنه ظهر وجه النظر في دليل الجواهر الذي استدل له بأنه للاصل وغيره .

وقد صرح فيالمسالك بأن الحكم للاستصحاب الى أن يحصل من المالك

ما يقتضي زواله ثم قال : ويتحقق الزوال بأمور منها : أن يرده عليه ثم يجدد له الوديعة وهذا لاشبهة فيه لانه وديعة مستأنفة رتب عليها حكمها الذي من جملته كون الودعى أميناً ، ومنها : أن يجدده له من غير أن يدفعها اليه بأن يقول أذنت لك في حفظها أو أودعتكها أو استئمنتك عليها ونحو ذلك ، ومنها : أن يبرئه من الضمان وقدجزم ببرائته المصنف والوجه فيه ان الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه بالبرائة) .

وما ذكره تام وان أشكل عليه الجواهر حيث قال : أما لوقال أذنت لك في حفظها أونحوه فالاقوى عدم البرائة من الضمان للاصل وعدم صيرورته وديعة جديدة بذلك، اذهو بالتفريط السابق لم ينفسخ عقد أمانته ولم يرتفع الاذن له في حفظها، وانما صارت به وديعة مضمونة ، اذفيه ان العقد السابق لايحتاج الى الفسخ بل يمكن اضافة عقد آخر عليه، ولامانع من جمع العقدين مطلقاً لانه اعتبار ، وتعدد الاعتبار في مورد واحد ممكن اذا كان لكل أثر كما في الواجبين فيما اذا نذر الحج الواجب عليه أو الصوم الواجب عليه أو الصلاة الواجبة، وكذلك جمع المحرمين كما اذا نذر ترك شرب الخمر الى غيرذلك .

وهكذا حال ما اذا لم يجدد عقداً بل قال ان حالة قبل الخيانة باقية حيث معناه البقاء على الكيفية السابقة .

كما ان اشكال الجواهر على قول الشرائع وكذا لوأبرئه من الضمان، غير ظاهر الوجه قال مستشكلا عليه : لكن فيه اشكال بعدم دليل صالح لقطع اصالة الضمان ضرورة عدم ثبوت مال في الذمة يكون مورداً للابراء ، فان المراد من الضمان اشغال ذمته لو تلفت بالمثل أو القيمة ، فهو كما لوقال للغاصب ابرئتك من ضمان المال المغصوب في يدك ونحوه مما هوأبراء عما لم يجب بعد ودعوى

كون المراد من الابراءِ اسقاط الحق الذي هـو تأهل الذمـة الى الاشتغال على تقدير التلف بدفعها منع سقوطه بذلك للاصل ولظاهر ما دل على سببية الضمان الشامل لصورة الاسقاط السالم عن معارضة مايقتضي صحة هذا الاسقاط على وجه يترتب عليه السقوط لمثل ما نحن فيه المحتمل كونه كحق التحجير ونحوه.

اذيرد عليه ان الحق كالملك للمالك له كل تصرف فيه سوى مامنعه الشارع، وأي دليل على منع الشارع في المقام، كما انه أي دليل على انه اذا قال للغاصب أنت بريىء انه لايبرء وكونه قبل تعلق الحق الفعلي غيرضار بعد وجود الحـق الشأني كبرائة الطبيب من التطبيب أومصالحة الزوجة حقها لزوجة أخرى أو للزوج وبالعكس الى غيرذلك ، وكذلك حال كل حق حتى التحجير لانه اعتبار عرفي لم يغيره الشارع ، ولذاكان المشهور مع الشرائع في الفتوى بذلك .

وقـال في مفتاح الكرامة عند قـول العلامة : لم يزل الضمان ما لـم يجدد الاستئمان ويتحقق بأن يجدد له من غير أن يدفعها اليه بأن يقول له أذنت لك في حفظها أو أودعتك اياها أواستئمنتك عليها ونحو ذلك كما فـي المبسوط و الغنية والسرائر والشرائـع والتذكرة والتحرير وجامـع المقاصد ، لان الضمان انماكان لحق المالك وقدرضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة، ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول عنه الضمان أم لا؟ وقدتقدم لنا في باب الرهن انزوال الضمان في ايداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهارنا انه ليس محل خلاف ، و في الوسيلة فيما نحن فيه انه لايزول الا بالرد و هـو شاذ على الظاهر .

ثم قال السيد العاملي: ويتحقق الاستئمان أيضاً بالبرائة من الضمان بأن يبرئه من الضمان كأن يقول له : أبرئتك من ضمانها ونحوذلك كما في التذكرة وجامع

المقاصد ، وما يأتي في الكتاب في فصل الاحكام فانه يبرء من الضمان بذلك كما في المبسوط والخلاف والغنية و السرائر والشرائع والتحرير والتبصرة ، وهما متلازمان لان الضمان كان لحق المالك وقد أسقطه كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم أبرئه المالك من ضمان الحفر ، لكن في ديات التحرير تأمل في هذا التنظير .

ثم انه لااشكال في البرائة من الضمان أيضاً فيما لو مات المودع وورثه المستودع أو أخذه تقاصاً أوصار حربياً أوما أشبه مما تقدم الكلام فيه .

ثم قال الشرائع : ولو اكره على دفعها الى غير المالك دفعها ولاضمان، وفي الجواهر وفاقاً للمشهور نقلا ان لم يكن تحصيلا لضعف المباشرة وقوة السبب، ولاصالة البرائة وللضرر بترك التسليم فيباح له شرعاً ، ويكون مندرجاً في نبوى الرفع المقتضى رفع الحكم وضعاً وتكليفاً الاماخرج .

و مقتضى القاعدة ان الحكم كذلك لو كان مضطراً الى الدفع الى غير المالك .

لايقال : يأتي بعض الادلة في الدفع الى غير المالك في حال النسيان مثل دليل الرفع بالاضافة الى أصل البرائة، وكذلك فيما اذا دفعه اليه سكراناً أونحوه فان عدم وجود دليل قوة السبب ولا ضرر في المقام لايضر بعد وجود الدليلين الاخرين مع وضوح ان الدفع نسياناً ونحوه لايوجب البرائة .

لانه يقال : دليل من أتلف محكم ، فلا مجال للاصل الذي هو أصيل حيث لادليل و رفع النسيان للضمان غيرظاهر من دليله ، والافلو أكل مال الغير نسياناً هل يقال بأنه ليس بضامن .

ثم ان أبا الصلاح أوجب الضمان في الاكراه لكونه متلفاً و قد باشر الدفع

بنفسه فيشمله عموم من أتلف وما أشبه ، وان كان له الرجوع على المكره باعتبار قوته فقرار الضمان عليه .

وأشكل عليه الجواهر بأنه قد يشك في تناول الادلة لمثل الفرض الذي هو فيه من المحسنين الذين لم يجعل الله عليهم سبيلا فضلا عن الضرر البين حال عدم التسلط على المكره ، واشكاله عليه وجيه لما عرفت من الادلة .

ولا فرق بين أن يكون الاكراه بأخذ المكره المال ، أو يكون الاكراه لأخذ غيره كما لو أكره السلطان المستودع بأن يعطيه لزيد ، ويأتي الكلام السابق فيما اذا اكره المكره المستودع بأن يتصرف في ذلك بالافناء مثلا أو مجرد التصرف كما اذا جبره على أكل الطعام المودع عنده أو ركوب الدابة أو نحو ذلك لعدم الفرق في المناط المذكور، أما لو زعم المستودع الاكراه ولم يكن اكراه واقعاً على ما مثلناه في [كتاب الطلاق] وغيره فلا اشكال في الضمان لان الوهم لايغير الواقع .

ولوكان اكراه واقعاً لكنه لم يعلم بالاكراه بل دفعه الى غير المالك من دافع نفسه فهو ضامن ، لان الاكراه يجب أن يكون مربوطاً بالعمل ، فاذا كان بينهما فصل لم يرفع الحكم ، ثم لو فرط في الوديعة ثم اكرهه المكره هل يضمن ؟ الظاهر نعم لانه لادليل على ان الاكراه يرفع الضمان السابق، فهو كما اذا زنت طائعة ثم لما أرادت الانصراف في وسط المباشرة اكرهها الزاني على البقاء حيث لايرفع الاكراه الحد .

ولو انعكس بأن اكرهه المكره ثم فرط قبل ايصاله الى من عينه المكره ، كما اذا اكرهه على دفع الشاة الى غير المالك فجعل الشاة ليلا في الهواء البادرة مما يكون تفريطاً في حقها ثم سلمها غداً الى غير المالك ، فالظاهر عدم

الضمان للدليل في الفرع المتقدم فتأمل .

ولو اكره المستودع لكنه فرط بما أوجب موت الشاة في المثال السابق ، فالظاهر الضمان لان الموت مستند الى التفريط أو التعدي مثلا لا الى الاكراه ، فهو كما اذا اكرهها على الزنا لكنها زنت طائعة لا باكراهه حتى لو لم يكن الاكراه كانت زنت ، فان الحد ثابت لعدم استناد الزنا الى الاكراه فتأمل .

ومنه يعلم الحال في الاضطرار لوحدة الملاك في المقامين ، كما انه لو اضطرت واكرهت معاً ففعلت لاحدهما لم يكن حد لان الاستناد الى أيهما يرفع الحد ، وكذلك اذا استندت الى كليهما معاً بحيث لو كان أحدهما لم يوجب .

ومنه يعلم الحال فيما اذا كان العطب في الوديعة مستنداً الى التعدي والتفريط معاً ، مثلا كان تركها في الهواء الباردة ليلا ثم ركبها مسافة طويلة في النهار بما أوجبا معاً هلاكها لكن في المقام يكون الضمان بأول الامرين ، نعم اذا تصورنا تقارنهما يكونان سبباً واحداً لانكسار السببين المتواردين اعتباراً كانكسارهما تكويناً ، كما ذكرنا ذلك في الاصول وكتاب البيع مفصلا .

(مسألة ـ ٨ ـ) قال في الشرائع: اذا أنكر الوديعة أو اعترف وادعى التلف أو ادعى الرد ولابينة فالقول قوله، وفي الجواهر بلا خلاف ولااشكال في الاول لعموم البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وعلى المشهور في الثاني شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، سواء أسنده الى سبب أولا ، وسواء كان ظاهراً كالغرق والحرق أو خفياً كالسرقة ونحوها ، بل في التذكرة نسبته الى علمائنا ، بل لم يحك الخلاف فيه الامن الشيخ في المبسوط فلم يقبل قوله الا بالبينة في التلف بأمر ظاهر لعموم البينة، لكن رماه بعضهم بالشذوذ والعموم المزبور يجب تخصيصه بالاجماع الظاهر أو المحقق المحكى أو المحصل) .

وكذا بالنسبة الى ادعاء الرد لان الامين مؤتمن وليس عليه الا اليمين ،كما دل على ذلك النص والفتوى مثل رواية الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال:صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان .كذا رواه الكليني[1].

وفي رواية الصدوق مثله وزاد في آخره وقال : في رجل استأجر أجيراً فأقعده على متاعه فسرقه ؟ قال : هو مؤتمن[2].

وفي رواية اخرى للكليني قال في حديث آخر : اذاكان مسلماً عدلا فليس عليه ضمان[3]، بعد وضوح عدم لزوم الاشتراط ، وانما الاشتراط من باب مزيد الاطمئنان .

وعن أبان بن عثمان ، عمن حدثه ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً[4] ، لوجود ملاكه في المقام .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من الوديعة ح ١ .

(٢) المصدر : ح ٢ .

(٣) المصدر : ح ٣ .

(٤) المصدر : ح ٤ .

وعن الصدوق قال : روى ان رجلا قال للصادق عليه السلام : اني ائتمنت رجلا على مال أودعته عنده فخانني وأنكر مالي ؟ فقال: لم يخنك الامين ولكن ائتمنت أنت الخائن[١].

بناءاً على ان المراد من هذا وشبهه بيان الحكم الشرعي بعدم خيانة كل امين لك ، وانه متى ائتمنت كان غير خائن لك شرعاً، ولكن اذا خونته فاللوم عليك حيث انك ائتمنت الخائن بزعمك .

وعن المقنع قال : سئل الصادق عليه السلام عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله ؟ قال : نعم ولا يمين عليه[٢].

قال : وروى انه قال عليه السلام : لم يخنك الامين ولكن ائتمنت الخائن[٣].

وعن مسعدة بن صدقة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس لك أن تأتمن من خانك ولا تتهم من ائتمنت[٤].

وعن مسعدة بن زياد ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال : ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته[٥]. الى غيرها من الروايات الواردة في باب الاجارة والعارية والمضاربة وغيرها بعد وحدة الملاك في الجميع .

بل عن أبي علي وأبي الصلاح: انه لا يمين عليه الا مع التهمة المرسل لا يمين عليه اذا كان ثقة غير مرتاب .

وعن الصدوق والشيخ في النهاية وابن حمزة : انه لا يمين عليه مطلقاً .

---

(١) المصدر : ح ٥ .
(٢) المصدر : ح ٦ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من الوديعة ح ٨ .
(٤) المصدر : ص ٢٢٩ ح ٩ .
(٥) المصدر : ح ١٠ .

وعن الفقيه قضى مشايخنا رضي الله عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولايمين عليه .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولو أنكر الوديعة فالقول قوله مع اليمين) كما في المبسوط وغيره .

وفي المسالك انه لاشبهة فيه ، وفي مجمع البرهان الظاهر انه لااشكال فيه وعند قوله : (أو ادعى التلف وان كان بسبب ظاهر) ان في التذكرة اذا ادعى التلف فالقول قوله مع اليمين عند علمائنا ، سواءٍ كان بسبب ظاهر أو خفي .

وفي مجمع البرهان الظاهر انه لاخلاف فيه ، وفي المسالك والكفاية انه المشهور وبكون القول قوله مع يمينه صرح في الشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة وغيرها مضافاً الى الفتاوي والاجماعات والشهرة .

وقال السيد العاملي عند قول العلامة : (أو نقص القيمة) أي لو اختلفا في القيمة بعد الاتفاق على التلف بالتفريط ، فالقول قول المستودع بيمينه كما في السرائر وكشف الرموز والمختلف وايضاح النافع ، وفي الرياض انه أشهر بل لعل عليه عامة من تأخر ، وفي الشرائع والنافع انه أشبه .

وحكاه في المختلف عن التقي وابن حمزة وقال عند قوله : (وعدم التفريط القول قوله مع اليمين) كما في النهاية والغنية والسرائر والنافع والتنقيح والكفاية وفي الرياض انه لاخلاف فيه الا من حيث لزوم اليمين .

ثم قال القواعد : (وفي الرد نظر) أي في قبول قوله اذا قال رددته الى المالك ، وفي مفتاح الكرامة كما في التذكرة في الباب والوكالة والمختلف في الوكالة والارشاد والكفاية حيث قال: فيه اشكال قال: لكن في المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الارشاد لولده والايضاح واللمعة وجامع المقاصد

وايضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها انه يقبل قوله مع يمينه ، وهو المشهور كما في التنقيح والمسالك والروضة والكفاية وقول الاكثر كما في مجمع البرهان، وفي وكالة السرائر والمهذب البارع وكذا المسالك الاجماع عليه وهو المحكى عن نهاية المرام للصيمري .

وقال في المهذب : ان استشكال العلامة نادر، وفي الجواهر بل أرسلوه في غير المقام ارسال المسلمات وهو الحجة مضافاً الى كونه أميناً والى غير ذلك ما سمعته في دعوى التلف مما يمكن اجرائه هنا ، وهوكما ذكروه ، فاشكال العلامة غير ظاهر الوجه .

ثم ان الجواهر قال : نعم لايقبل قوله في ذلك في الرد على الوارث لانه لم يأتمنه ، لكن فيه نظر حيث ان ظاهر الادلة المتقدمة عدم الفرق وانما يقبل قوله لانه أمين ، فأي فرق بين أن يكون الوارث أو غير الوارث .

ومنه يعلم حال الولي فيما اذا تجنن ونحوه ، والوارث فيما اذا ارتد ، والحاكم اذا غاب غيبة منقطعة ، الى غير ذلك .

ثم ان الشرائع قال : وللمالك احلافه على الاشبه .

أقول : انا قد ذكرنا في بعض مباحث الفقه ان اللازم على الحاكم التحقيق أولا ثم طلب البينة واليمين، وذلك لانه متعارف الحكام العرفيين، وقد قال الشارع: (جعلته عليكم حاكماً)(١) ففي كل مورد لم يدل دليل من الشرع على تغيير الشارع

---

(١) أنظر الوسائل : ج ٨ ص ٩٩ الباب ١١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١ .

الكيفية العرفية كانت هي المعيار كسائر الموضوعات ، وقد دل الدليل على ذلك في قضايا رسول الله ﷺ وعلي عليه السلام حيث كانا يحققان ويتوسلان لاظهار الواقع بالقرائن والادلة .

مثلا لم يقل علي عليه السلام لتلك الفتاة المتهمة للشاب بأنه أراد بها الفاحشة ان عليها البينة والا فعلى الشاب اليمين ، بل كشف الامر بسبب بياض البيض (١) ، الى غير ذلك مما ذكرنا جملة منه في [كتاب القضاء] .

وحيث ان الشارع لم يجعل البينة على المستودع بضميمة قوله : (انما اقضي بينكم بالبينات والايمان) (٢) يكون عليه اليمين مع الاتهام ، سواء كان منكراً كما اذا ادعى المودع انه تعدى على الوديعة بالركوب واللبس وما أشبه ، أو كان المودع المنكر والمستودع المدعي ، كما اذا قال المستودع انه اكره من قبل الجائر بالقائه في البحر أو افترسه الاسد أو غصبه الغاصب أو ما أشبه ذلك من مايجعله مدعياً وأنكر المودع ذلك .

وقد اختلفوا في ان عليه اليمين مطلقاً أو ليس عليه مطلقاً أو يفصل، والروايات في المقام على طائفتين ، واذا انضمت اليها الطائفة المطلقة فهي على ثلاث طوائف :

طائفة دلت على عدم اليمين عليه حتى في غير الثقة كما تقدم في مرسل المقنع (٣) وفي رواية الغرر عن علي عليه السلام قال : أد الامانة اذا ائتمنت ولاتتهم غيرك

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٠٦ الباب ٢١ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٨ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ٧ .

اذا ائتمنته فانه لاايمان لمن لاأمانة له .[١]

وطائفة دلت على وجود اليمين عليه مثل قوله ﷺ: انما اقضي بينكم بالايمان والبينات .[٢]

وطائفة دلت على التفصيل بين الثقة وغيره ، فعلى الثاني (المتهم) البينة كما في مرسل الغنية على ما في مفتاح الكرامة قال : وروى انه لايمين عليه اذا كان ثقة غير مرتاب .

ورواية الدعائم، عن جعفر بن محمد عليهما السلام انه قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان ، والقول قول المودع اذا قال ذهبت الوديعة وان أتهم استحلف .[٣]

وعن أبي جعفر عليه السلام انه سئل عن رجل دفع الى رجل وديعة فقال المودع نعم قد استودعتني اياها ولكن أمرتني أن أدفعها الى فلان وانكر المستودع أن يكون أمره بذلك ؟ قال : البينة على المستودع ان صاحب الوديعة أمره بدفعها وعلى المستودع اليمين .[٤]

وعنه عليه السلام انه قال في رجل أودع رجلا وديعة فقال اذا جاء فلان فأدفعها اليه فدفعها اليه فيما ذكر وأنكر الذي كان أمره بدفعها اليه أن يكون قبضها منه ؟ قال : القول قوله انه دفعها مع يمينه ان اتهم لان صاحب الوديعة قد أقر بأنه أمره بدفعها .[٥]

وعلى هذا فالجمع بين الادلة يقتضي وجود اليمين على المستودع مع الاتهام

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٦٩ الباب ٢ من أبواب كيفية الحكم والدعوى من كتاب القضاء ح ١ .

(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ ح ١ .

(٤) و (٥) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٢ و ٣ .

دون غيره ، ويؤيده جملة من الروايات المتفرقة في الابواب المختلفة بالاضافة الى ما عرفت من الاصل ، فان الخارج يحتاج الى الدليل لا الاصل مثل قول الصادق عليه الصلاة والسلام: اذا ادعى المستعير أتلاف العارية ولم يكن له عليه بينة وكان ممن يتهم لم يصدق ويضمن ، الى غير ذلك .

ويؤيد الاحتياج الى اليمين في الجملة ان حكم الحاكم في الموضوعات مع عدم القطع من دون بينة ولايمين غير معهود من الشريعة ، ومن الواضح الفرق بين مقام الحجية في نفسها وبين مقام فصل الخصومة ، ولهذا نرى ان اليد حجة في نفسها لكنها لاتفصل الخصومة الا بعد اليمين .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : أما لو دفعها الى غير المالك وادعى الاذن من المالك في ذلك فأنكر المالك فلا ريب في ان القول قول المالك مع يمينه لعموم قوله : البينة على المدعى واليمين على من أنكر الذي هو المالك هنا لانه هو الموافق للاصل .

أقول : ولايأتي هنا انه مؤتمن فليس عليه الا اليمين لانصراف الادلة عنه ، فان قوله في خبر مسعدة: ليس لك أن تأتمن من خانك ولاتتهم من ائتمنت، وفي خبر ابن زياد : ليس لك أن تتهم من قد ائتمنته ولاتأتمن الخائن وقد جربته وما أشبه ذلك ظاهر في كون الامر دائر مدار الخيانة والعدم ، وهذا ليس من الخيانة في شيء وان كان ربما يسمى بالخيانة توسعاً .

ثم من ادعى المستودع الدفع اليه على أربعة أقسام ، فان كذبه فالقول قوله أيضاً لان الاصل عدم الدفع، فعلى المدعى البينة وعليه اليمين، وان صدقه ردت العين ان كانت باقية وان كانت تالفة كان المالك بالخيار بين الرجوع على من شاء منهما ، وان سكت يعامل معه معاملة الساكت في طرف المدعى ، وان كان

وارثه وقد مات أو وليه وقد جن أو ما أشبه ذلك وادعى عدم العلم حلف على العدم أو العلم حلف على القطع .

ثم قال الشرائع : ولو صدقه على الاذن لم يضمن وان ترك الاشهاد على الأشبه، أقول : وهو كما ذكره، فانه لو صدق المالك المستودع على اذنه في دفعه الى الغير أو ما أشبه الدفع مثل التائه في البحر أو نحو ذلك ، لكن المالك أنكر التسليم فهو كدعوى الرد مقتضى القاعدة فيه انه ليس على الامين الا اليمين فهو حينئذ كالوكيل ، ودعوى الرد عليه كدعوى الرد على الموكل على ما عرفته في [كتاب الوكالة] .

أما لو صدقه على التسليم أيضاً لمن أذن له لم يضمن المستودع بأنكار المأذون له، وان كان المستودع ترك الاشهاد خلافاً لمن قال بالضمان حيث اختلف الاصحاب في ان من أمر غيره بدفع الوديعة الى غير المالك أو بقضاء دينه ففعل ولم يشهد فأنكر المدفوع اليه هل يضمن الدافع أم لا ؟ قيل يضمن فيهما لان اطلاق الاذن يقتضي دفعاً ثابتاً يمكن الرجوع اليه عند الحاجة ، فاذا ترك الاشهاد فقد قصر خصوصاً في الدين ، اذ الغرض منه براءة الذمة ولايظهر ذلك الا بالاشهاد ، لان الغريم اذا أنكر فالقول قوله .

وقيل لايجب الاشهاد فيهما ولا ضمان بتركه لان المأمور به هو الدفع وقد امتثله ، والمتوقف عليه أمر آخر لايدل عليه اطلاق الامر وانما هو مطلوب من الامر، وعدم الاشهاد كما عرفت من الشرائع هو الاشبه باصول المذهب وقواعده حيث ان الامر لايدل عليه الا اذا كان هناك انصراف عرفي ، فانه اذا لم يشهد لم يكن اذن ، ولهذا كان الضمان على ماتقدم .

وعلى أي حال فمن يرى الاشهاد يراه من باب المصداق لا الخصوصية ،

فمثله أيضاً كتابة المدفوع اليه أو سائر القرائن الدالة على الدفع .

ثم لافرق بين كون دفع الوديع حراماً أو حلالا ،كما اذا قال المودع ادفعه لمن قامر معه فغلبه من باب استحقاق طرفه له استحقاقاً بالقمار ، أو قال ادفعه الى الفاجرة الى غير ذلك ، وهكذا لو أمره بصرفه في السرف أو القائه في البحر اعتباطاً ، اذ بعد الامر والاذن لايكون التلف بدون الاذن الذي هو معيار الضمان لانصراف دليل اليد ومن أتلف اليه .

ثم لو اختلفت الورثة أو المودعان في التصديق والتكذيب أو ماأشبه ذلك كان لكل حكمه ، والعلم الاجمالي بعدم مطابقة أحدهما للواقع لفرض الوحدة لايضر بعد عدم أثر عملي له .

(مسألة ـ ٩ ـ) قال في الشرائع : اذا أقام المالك البينة على الوديعة بعد الانكار فصدقها ثم ادعى التلف قبل الانكار لم تسمع دعواه لاشتغال ذمته بالضمان ولو قيل تسمع دعواه وتقبل بينته كان حسناً .

أقول : قد تقدم انه اذا أنكر الودعى الوديعة يقبل قوله وليس عليه الا اليمين لانه منكر ، فمدعى الوديعة بحاجة الى الاثبات من البينة ونحوها ، فاذا ادعى المالك الوديعة وأنكر الودعى ثم أقام المالك البينة فصدقها الودعى لكنه ادعى التلف قبل انكاره فقد ذهب غير واحد الى انه لاتسمع دعوى الودعى بالتلف لان دعواه منافية لانكاره الاول الذي هو بمنزلة الاقرار بالنسبة الى ذلك في حقه ، فيناقض حينئذ كلاماه ولايتوجه له يمين ولايفيده اقامة البينة بعد ان كذبها بانكاره الاول .

لكن مقتضى القاعدة هو القبول كما ذكره الشرائع لعموم قوله : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، واطلاقه شامل للمقام أيضاً ، ولانه يجوز استناد انكاره الى نسيان ونحوه ، وقد اختاره العلامة في التذكرة .

وفي المسالك نقل عن المختلف منع قبول بينته وسماع دعواه بمعنى قبول قوله بيمينه قال : ان له احلاف الغريم وهو نوع من سماع دعواه ، وفي القواعد منعهما معاً فصار للعلامة في المسألة ثلاثة أقوال، وفيها قول رابع وهو انه ان أظهر بانكاره تأويلا كقوله ليس لك عندي وديعة يلزمني ردها أو ضمانها ونحو ذلك قبلت وسمعت بينته ،وان لم يظهر لها تأويلا لم تقبل واختاره الشهيد وهوحسن).

لكن قال العلامة في القواعد : وان اقيمت عليه البينة فادعى الرد أو التلف من قبل ، فان كان صيغة جحوده انكار أصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الاقوى لتناقض كلاميه ، وان كان صيغة الجحود لايلزمني شيء قبل قوله في

الرد والتلف مع البينة وبدونها في الاخير وفي الاول على رأي ، ولو أقر بها له بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ، وفي سماع بينته بذلك اشكال ، نعم تقبل لو شهدت بالاقرار .

وتبعه المسالك قائلا : هذا كله اذا كان الجحود بانكار أصل الايداع ، أما لو كانت صورته لايلزمني شيء أو لايلزمني تسليم شيء اليك أو مالك عندي وديعة أو ليس لك عندي شيء فقامت البينة بها فادعى التلف أو الرد سمعت دعواه وبينته لعدم التناقض بين كلاميه) .

وهو كما ذكراه لانه ليس من التناقض في شيء ، بل قد عرفت ان مقتضى القاعدة ماذكره المحقق وتبعه غيره .

ثم انه لو أقر بأن لديه وديعة ثم أنكر لم يستبعد توجه اليمين عليه أيضاً اذا أبدى عذراً في اقراره ، فانه لو لم يسمع يمينه يلزم تخسيره في كثير من الاحيان حيث يقول ان اقراره كان لاجل أمر كما ذكروا مثل ذلك فيما اذا أثبت قبضه المال في الورقة ثم أنكر بحجة ، مثل انه انما كتب لتعارف ذلك قبل القبض ثم لم يدفع له المديون المال ، لكن الغالب ان الفقهاء لايقبلون الانكار بعد الاقرار بحجة اقرار العقلاء وان كان المشرف على سير المرافعات يرى كثرة مثل ذلك فيها.

ويؤيده ان الزهراء عليها الصلاة والسلام ادعت مرة ان فدك ارث ومرة انها نحلة (١) ولم يكن لطرفها أن يقول ان الكلامين تناقض فتأمل .

ثم انه ليس من الانكار بعد الاقرار ، اذ اختلف المتعلق كما اذا قال المالك أودعت عندك مائة دينار فقال لا ثم اعترف بوديعة خمسين ، بل وعكسه أيضاً

---

(١) البحار : ج ٨ من الطبقة القديمة ص ٨٩ الباب ١٠ من كتاب الفتن والمحن .

كذلك ، فان العموم المطلق يجعل الامرين غير متناقضين ، وكذلك حال ما اذا كان بينهما من وجه ، أما اذا كان بينهما تباين كما اذا ادعى وديعة شاة فأنكر ثم أقر بوديعة معز فالامر أوضح .

ثم ان المسالك قال : وحيث قلنا بقبول بينته ان شهدت بتلفها قبل الجحود برء من الضمان ، وان شهدت بتلفها بعده ضمن لخيانته بالجحود ومنع المالك عنها ، وفيه ان الجحود مطلقاً ليس من الخيانة اذا أظهر له وجهاً محتملا بالنسيان ونحوه .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع : اذا عين لـه حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة ، فان أخر مع التمكن ضمن ، وفـي الجواهر بلا خلاف ولااشكال للتعدي بالوضع في غير ماعينه له المالك ، ثم قال : بل الاقوى بقائه على الضمان وان وضعه بعد ذلك في الحرز مع احتمال عدمه حينئذ .

أقول : أما بالنسبة الى فرعه الاول فلانه بدون المبادرة المتعارفة يكون خائناً عرفاً فيشمله أدلة الخيانة ، وأما بالنسبة الى فرعه الثاني فقد عرفت ان رد الوديعة الى الحرز يوجب عدم الضمان ، أما مسألة التسليم الى الزوجة والخادم ونحوهما فان كان يرى العرف انه من الخيانة فهو والا فلا خصوصاً بعد تعارف مثل ذلك .

وكأن الجواهر أشار اليه بقوله : اللهم الا أن يكون هناك قرائن حالية أومقالية تدل على ذلك .

ومنه يعرف الحال بالنسبة الى المسائل المشابهة مثل عـدم السرعة في علف الدابة وسقيها ، أو تحصين المتاع أو اخفاء ما في معرض التلف اذا كان ظاهراً ، الى غير ذلك لوحدة الملاك في الجميع ، ثم ان وجوب المبادرة على ماذكرناه هو المشهور بينهم ، وقد حكى عن التحرير والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم .

أما مايستفاد من كلام المبسوط وغيره ممن قيد بالامكان من انه لايجوز تأخيراً لاستكمال وطره وحاجته مـن بيع أو شراءٍ أو تدريس أو أكل أو حمام مما ليس ضرورياً فقد عرفت في السابق التفصيل فيه ،كما ان المبادرة الواجبة هي العرفية فلا يلزم الركض والعدو ونحوهما الا اذا كان في معرض التلف حيث يرى العرف ان التأخير بالمشي العادي أوجب استيلاء الظالم أو الحيوان عليه فحينئذ يجب .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع : اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من أصل التركة ، ولو كان له غرماء وضاقت التركة حاصهم المستودع ، وفيه تردد .

أقول : الظاهر التفصيل في المسألة بين تعارف ابقاء الوديعة وبين عدم تعارفها وانما الذي ذكروه يأتي في الاول دون الثاني ، فالوديعة كسائر الحقوق والاحكام جرت سيرة المسلمين على عدم الاعتناء ببقائها بعد مدة طويلة من الزمن وهي تقف أمام الاستصحاب ، سواء في نفس الانسان حيث يشك بعد مدة أو ورثته أو وصيه أو نحوهما .

فان كل وارث على الاغلب يعرف ان مورثه استدان من البقال والعطار وغيرهما في قبال البضاعة المشترات منهم واستدان النقود من الدائن وقت حاجته وأودع الناس عنده شيئاً وفاتت منه صلاة وصيام وتعلقت به نفقة زوجته ونحو ذلك ومع ذلك لايعتنون الا بالمقدار المعلوم ، حتى ان مثل ذلك أيضاً سيرة نفس الانسان في عدم الاعتناء بما فعله قبل ثلاثين سنة مثلا ولايمكن التمسك بالاستصحاب لها أو لغيرها من الوجوه ، نعم في غير ما جرت السيرة يحكم الاستصحاب .

وقد استدل المشهور على ماذهبوا اليه مما عنونه الشرائع بأن اعترافه بالوديعة في حياته أوجب ثبوت يده عليها والتزامه بها الى أن يردها الى مالكها ، فاذا لم نعلم انه ردها الى مالكها كان ضامناً لها لعموم على اليد ماأخذت حتى تؤدى ، فاللازم على الوارث ارجاع الوديعة الى صاحبها .

قالوا : ولانه بترك تعيينها مفرط فيها فيضمن ، ولاستصحاب بقائها في يده الى الموت وبعده تكون في جملة التركة ، فاذا تعذر الوصول الى عينها لعدم معرفتها وجب البدل فيكون بمنزلة الدين فيحاص الغرماء ، واذا كان مردداً بين

شيئين أو ثلاثة أشياء مثلا فلا تنتشر في كل التركة ،وانما يكون من المشترك بينهم وبين المودع .

أما ماذكره الشرائع من التردد ففي المسالك يحتمل أمرين :

أحدهما : أن يكون في أصل الضمان ، فان اعترافه بها في حياته انما يقتضي وجوب الحفظ والا فذمته بريئة من ضمانها ، فاذا مات ولم يعلم احتمل تلفها قبل الموت بغير تفريط أو ردها الى المالك ، والاصل برائة ذمته من الضمان وكون التلف على خلاف الاصل معارض بهذا الاصل وليسا متنافيين حتى يتساقطا ، اذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة .

والثاني : أن يكون التردد في كيفية الضمان ، فان اصالة بقائها اقتضى كونها في جملة التركة غايتها ان عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة الشريك ، وكون الشركة قهرية لايقدح في الحكم كمن استزج ماله بمال غيره بغير اختياره ثم مات أحدهما ، فان الشركة تتحقق ويقدم الشريك بالحصة على غيره من الغرماء والانتقال الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع العلم بوجودها في جملة المال ، والا منعنا البدل واصالة البقاء قد أوجبت ذلك) .

أقول : الظاهر انه لا اشكال في وجوب الرد مع معرفة العين واحتمال انه اشتراها أو وهبت له أو غير ذلك من الناقلات الاختيارية أو القهرية خلاف الاستصحاب ، وكذلك حال ما اذا ترددت بين أعيان ، وتأتي مسألة الشركة هنا ومقتضى القاعدة اجراء قاعدة العدل ، أما اذا لم يعرف العين لم يستبعد الاستصحاب المقتضى لضمان البدل ، ولو لم يعرف القدر فالتصالح ، وان أبى أحد الطرفين صالح بينهما الحاكم قهراً على ما ذكرناه في كتاب الصلح .

ومنه يعرف النظر في قول الجواهر من عدم صلاحية ماذكروه لاثبات الضمان

الذي مقتضى أصل البراءة بلاواسطة عدمه وعلى اليد مخصوص بالامانة المستصحب حكم عدم الضمان فيها ، بل هو مقتضى اطلاق الدليل ، ولم يثبت تقصيره بعدم الاشهاد خصوصاً مع ملاحظة حال المسلم المحمول على الوجه الصحيح فعلا وتركاً) .

اذ البراءة محكمة بالاستصحاب ولا حاجة الى الضمان بعد ان الاستصحاب يقتضي بقاء المال في التركة ،وعدم تعارف الاشهاد يوجب الشك في أصل وجوبه كيف ولو كان واجباً لتعارف ، مثل تعارف الصلاة والصيام ونحوهما مع ان المراجعة الى عرف المتشرعة يرى تعارف عدم الاشهاد فلا مجال لاصل الصحة .

هذا بالاضافة الى ان اجراء أصل الصحة لايثبت انه رد الوديعة أوانتقلت اليه.

ومنه يعرف وجه النظر فيما ذكره المسالك قال : الاقوى انه ان علم بقاء عينها الى بعد الموت ولم يتميز قدم مالكها على الغرماء وكان بمنزلة الشريك وان علم تلفها بتفريط فهو أسوة الغرماء والافلاضمان أصلا لاصالة براءة الذمة واصالة بقائهاالى الان لوسلمت لايقتضي تعلقها بالذمة، ثم مثل الموت بعدالاعتراف بالوديعةغلبة النسيان عليه أوجنونه أوأغمائه أوماأشبه ذلك مما لايمكن معه استفساره عنها .

كما ان مثل الوديعة سائر اموال الناس عنده من غصب أوعارية أومال مضاربة أوغيرها ، وكذا اذا قال انه مديون بالخمس أو الزكاة أو المظالم أوالكفارة أو نحوها ، وكذلك حال الفقيه ووكيله الذين عندهما الحقوق كالخمس و الزكاة أوأموال الفقراء والقصر ، أوالمال الذي أعطاهم الناس لاجارة الصلاة والصيام والحج وغيرها عن أمواتهم لوحدة الملاك في الجميع .

(مسألة ـ١٢ـ) قال في الشرائع: اذا كان في يده وديعة فادعاها اثنان فان صدق أحدهما قبل و ان اكذبهما فكذلك ، وان قال لاأدري أقرت في يده حتى يثبت لها مالك ، وان ادعيا أو أحدهما علمه بصحة الدعوى كان عليه اليمين .

أقول: قد يقول انها لهذا أو لذاك أو لثالث أو بالاشتراك بينهما ، أو بين الجميع أو بين احدهما وبين الثالث ، أو يقول لاأدري لايهما أو لاأدري لاحدهما أو لثالث أو لاحدهما أو لنفسي، ومع اعترافه بأنها لكليهما أو ما أشبه ، فقد يقول انها لهما بالتساوي أو بالاختلاف مع علمه بقدر النسبة، أو يقول لاأدري النسبة، أو يقول لاأدري انها لهما بالتساوي أو بالاختلاف، فان كان الاول فالحكم مع البينة و ان كان الثاني فالحلف و ان كان الثالث حكم قاعدة العدل .

ثم ان قال الودعى انها لزيد مثلا لزم عليه أن يحلف لعمرو المدعى الاخر انها ليست له لان عمرو مدع ، فاذا حلف لعمرو فهو و ان لم يحلف لعمرو فالمشهور انه يخسر له لحيلولته باقراره انها لزيد بين عمرو وبين ماله ، لكنا ذكرنا في [كتاب الغصب] الاشكال في ذلك، لان الاقرار لايقف أمام العلم ، فكيف يخسر لاحدهما العين وللاخر قيمتها مع العلم بأن ذمته ليست مشغولة الا لاحدهما فقط ، بل قاعدة العدل تقتضي التقسيم بينهما أو القرعة .

ثم ان تحققت كون الوديعة لزيد لانه أقر له المستودع وحلف لعمرو أو قامت البينة انها ليست لعمرو مثلا ففي الثانية لااشكال في عدم حق عمرو على زيد بالحلف، أما في الاولى فالظاهر انه لاحق له عليه في الحلف أيضاً ، فان المقام من قبيل ما لو تنازع الداخل والخارج وحلف الداخل للخارج ثم انتقل المال الى ثالث فهل للخارج بأن يقيم عليه دعوى جديدة ويحلفه حلفاً من جديد فان الحلف يذهب بالحق لكن مع ذلك يحتمل حقه في دعوى جديدة و الملاك في المقامين واحد .

ومن ذلك ظهر وجه النظر في قول المسالك : فان أقر لاحدهما بعينه حكم بها للمقرله ويحلف للاخر ، فان حلف له سقطت دعواه عنه وبقيت منازعته مع صاحبه فلهاحلافه أيضاً، فان حلف سقطت دعواه أيضاً وأستقر ملك المقر له على العين ، ولونكل الودعى عن اليمين احلف المدعى على استحقاقها ان لم يقض بالنكول وأغرم الودعى له المثل أوالقيمة لحيلولته بينهوبينها باقراره الاول تنزيلا لليمين المردودة منزلة أقرار المنكر ، اذلو أقربها ثانياً للاخر يغرم له ، فكذا اذا حصل ماهو بحكم الاقرار .

ومما تقدم يعلم الحال فيما لواكذبهما معاً ، سواء قال انها له أو لثالث ، أوقال لاأعلم لمن بدون تعيين الثالث، فان اليدله ولكل منهما حينئذ أحلافه على البتة أيضاً ، فان نكلعن اليمين ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء لانيدهما خارجة ، فان حلفا أونكلا قسمت بينهما ، وان حلف أحدهما خاصة اختصبها.

وان قال المستودع هي لاحدهما ولا أدري من هو على التعيين فان صدقاه في نفي العلم فلا خصومة لهما معه وتبقى الخصومة بينهما والحكم كالسابق،فان أقاما البينة أو حلفا أو لم يقم أحدهما بينة ولاحلف قسم بينهما بالتساوي ، وان أقام أحدهما البينة أو حلف أحدهما فقط كانت الوديعة له .

ثم في هذه الصورة انكذباه في عدم العلم فادعى كل واحد منهما علمه بالمالك أوأدعىأحدهما ذلك عليه فالقول قوله مع يمينه، لكن الحلف هنا على عدم العلم ، والظاهر كفاية يمين واحدة لان المدعى شيء واحد وهو علمه بكون المال لمعين ، وهنا قول بأنه يحلف لكل منهما يميناً لانكلا منهما مدع فيدخل

في عموم حديث اليمين على من أنكر[1]، لكن الظاهر كفاية اليمين الواحدة .

وعلى أي حال فاذا حلف لهما بقيت المنازعة بينهما، وقد عرفت ان مقتضى القاعدة التقسيم لا ما حكى عن الشيخ من الاقتراع بينهما ، فمن خرج اسمه وحلف سلمت اليه، ولا ما عنه أيضاً من انه يوقف حتى يصطلحا ، اذ لاوجه لذلك بعد القاعدة المذكورة .

ولذا قال في الجواهر : لعل الاقوى انهما يحلفان ويقسم بينهما لتكافىء الدعويين وتساويهما في الحجة وهو يقتضي القسمة كذلك ، ولايكون الامر مشكلا والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصطلاح غير لازم ، ثم ان صدقهما بأنه لهما وقال لا أعلم كم لهذا وكم لهذا يقع الامر بينهما ، فان ادعى كل منهما النصف أو أحدهما الثلث والاخر الثلثين وهكذا فهو، وان ادعى كل منهما الثلثين مثلا أعطى كل منهما الثلث، وفي الثلث المتنازع فيه تجري قاعدة البينة واليمين، والا فالتقسيم حسب قاعدة العدل .

ولو ادعى أحدهما ان الجميع له والاخر ان النصف له كان من التنازع كذلك في سائر المقامات ، وان النزاع في النصف لان النصف الاخر لامدعى له ، وقد حققناه في بابه والمسألة طويلة الذيل نكتفي منها بهذا القدر .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب الحكم والدعوى ح ٣ .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : اذا فرط أو تعدى وتلف المال واختلفا في القيمة فالقول قول المالك مع يمينه لخروجه عن الامانة المقتضية لسماع قولـه وللمرسل ، وقيل القول قـول الغارم مع يمينه وهـو أشبه باصول المذهب وقواعده لاصالة البرائة ، والخروج عن الامانة لايخرجه عـن حكم المنكر ، ولذا كان الحكم كذلك في الغاصب أيضاً ، ولم يثبت خبر صالح لمعارضته لقاعدة المدعي والمنكر).

أقول : مقتضى القاعدة ما اختاراه، اذ لاوجه للقول الاول الا أن يأتي بالبينة والمفروض عدمها ، واذا كانت الوديعة مثلية واختلفا فـي المثل مثلا كانت قطعة قماش واختلفا فـي أذرعها فالقول أيضاً قول المقل للاصل المذكور ، أمـا اذا اختلفا في جنسها فهو من التداعي يحكم لمن له البينة أو حلف ، وان أقاماها أو حلفا أو لم يأت أحدهما بأحدهما فالمحكم قاعدة العدل على ما عرفت .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : اذا مات المودع سلمت الوديعة الى الوارث ، فان كانوا جماعة سلمت الى الكل أو الى من يقوم مقامهم بوكالة أو ولاية ، ولو سلمها الى البعض من غير أذن ضمن حصص الباقين بلا خلاف ولا اشكال) .

أقول : مقتضى القاعدة في ما اذا كانت الوديعة مما يرثها وارث واحد أن يسلم اليه ،كما اذا كانت حبوة خاصة بالولد الاكبر كالسيف والخاتم وما أشبه ، أما اذا كانت للجميع فاللازم أن يسلم اليهم حسب تقسيمهم الارثي، فان كان ثلاثة دنانير وكان الوارث ولداً وبنتاً سلم الولد الدينارين والبنت الدينار .

وكذلك اذا ارتد المودع حيث تقسيم أمواله بين ورثته ، واذا جن أو ما أشبه كان اللازم التسليم الى الولي الشخصي أو الحاكم حسب الموازين .

ثم التسليم الى الكل حسب حصصهم انما يكون اذا لم يستلزم التفريق نقص القيمة كزوج حذاء ، حيث انه ان سلم الى كل واحد من الوارثين الولدين فرداً أوجب نقص قيمة المجموع عليهما ، فاللازم مراعات ذلك بحيث لا يتضرران ، وان عكس بأن أودعه نفران فردى حذاء وماتا وكان لكل واحد منهما وارث فالظاهر انه يسلم كل فرد الى وارثه ، ولايلزم عليه جمعهما بحيث يحرز ان ارتفاع القيمة من الاجتماع، لان جمع الفردين عنده لم يكن للمالك حتى يرثه الوارثان.

(مسألة ـ ١٥ ـ) فيها فروع :

(الاول) اذاكانت الوديعة أرضاً ومات المودع سلمها الى الورثة دون الزوجة لانها لاحق لها فيها مثل ما تقدم من مسألة الحبوة ، وان كانت عمارة حيث لها من قيمة البناء لم يجزله تسليمها اليهم بدون الزوجة اذا لم ترض لان التسليم يوجب تلف القيمة عليها ، فاللازم على الودعى الجمع بين الوارثين في التسليم بحيث لايتلف على أحدهما حقه .

(الثاني) قال العلامة في التذكرة : لو تعدى في الوديعة وبقيت في يده مدة من الزمان وجبت اجرة مثلها عن المدة لانه صار كالغاصب عليه عوض المنافع، والظاهر انه هو الذي اختاره مفتاح الكرامة لانه ذكره ساكتاً عليه ، وتبعهما المامقاني في مناهج المتقين ، لكن ربما يستشكل في ذلك بما تقدم من انه اذا سلم الوديعة الى صاحبها لم يكن عليه ضمان ، اذ الضمان فيما اذا لم يحفظها حسب الموازين والارجعت حالة الامانة لتحقق الحفظ بتحقق موضوعه ، وان كان المشهور لايقولون بذلك على ما عرفت في بعض المسائل السابقة .

نعم قدر ما استفاد منها من الركوب واللبس وما أشبه عليه الاجرة فيه، وربما يؤيد عدم الاجرة عدم الالماع في روايات الخيانة (١) الى ذلك ، فهو من السكوت في مقام البيان .

وعلى أي حال فالاحتياط ماذكروه وان كان الاحتياط في هذا الجانب أيضاً يقتضي ما ذكرناه ، والجمع بين الاحتياطين هو التصالح بين الجانبين .

(الثالث) قال العلامة في التذكرة : لو دخل خاناً فجعل حماره في صحن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٥ الباب ٣ من كتاب الوديعة .

الخان وقال للخاني احفظه كي لايخرج فخرج في بعض غفلاته فالاقرب الضمان لانه قصر في الحفظ بالغفلة ، ووافقه على ذلك مفتاح الكرامة وأضاف قوله : وكذلك الحال في الثياب بالنسبة الى الحمامي، ووافقهما على ذلك مناهج المتقين، وما ذكروه هو مقتضى القاعدة حيث كان من التفريط ، وكذلك حال صاحب المنقل (الكراج) بالنسبة الى السيارة والمطار بالنسبة الى الطائرة والمحطة بالنسبة الى القطار و الميناء بالنسبة الى الباخرة فيما اذا سرقت أو سرق منها ، وكذلك حال حافظ الاحذية في الاعتاب المقدسة وحافظ السلاح والمال وما أشبه بالنسبة الى مداخل المراكز المهمة الى غير ذلك .

(الرابع) قال العلامة في التذكرة: لو خاف الغرق أو الحريق أو السلب فبادر الى نقل امتعته قبل الودائع فغرقت أو احترقت أو سلبت فلاضمان ،كما لو لم يكن عنده الا الودائع فأخذ في نقلها كلها فاحترق ما تأخر نقله ، ونقلها مفتاح الكرامة ساكتاً عليه مما يدل على ارتضائه له .

وفي مناهج المتقين ذكر الفرع بنفسه الكنه في الحكم قال: في ضمانه وجهان والاشبه العدم ، اذ لايلزمه اتلاف ماله حفظاً للوديعة والضمان أحوط) .

لكن لايبعد التفصيل بين الاهمية وعدمها، مثلا اذا كان له كتاب يسوى درهماً والوديعة تسوى الف درهم فقدم كتابه على الوديعة بما لو قدم الوديعة فقد كتابه فقط، فان الظاهر انه عرفاً من الخيانة، واذا قدم الوديعة لاهميتها كان له أخذ بدل الكتاب من المودع ، فهو كالصرف على الوديعة مما تقدم تفصيل الكلام فيه .

(الخامس) قال في مفتاح الكرامة: اذا دفع الى رجل خاتماً ونحوه ليمضي الى وكيله علامة ويقبض منه شيئاً وقال اذا قبضته رد الخاتم عليّ فقبض ولم يرد الخاتم فقد قرب في التذكرة أولا الضمان ثم احتمل العدم ، لانه ليس عليه الرد

ولامؤنته ، وسكت عليه السيد العاملي مما يدل على ارتضائه له ، وفي مناهج المتقين ذكر مثله وأفتى بالضمان .

أقول : الظاهر الضمان في الاشياء الثمينة المعتنى بها ، أما اذا كانت العلامة مما لاقيمة له كالظروف الورقية ونحوها التي يكتب عليها اسم صاحب المحل لاجل وضع البضاعة فيها أو ما أشبه ذلك فلا لزوم للرد ولاضمان مع التلف ، ثم لو لزم الرد وكانت له اجرة للطريق أو ما أشبه كان على المودع على ما تقدم الكلام فيه .

(السادس) قال العلامة في التذكرة : اذا دفع قبالة الى غيره وديعة ففرط فيها فانما يضمن قيمة الكاغذ مكتوباً ولاشيء عليه مما في القبالة ، وسكت عليه السيد العاملي بعد نقله عنه ، وفي مناهج المتقين : لو أودع قبالة عند غيره ففرط في حفظها أو تعدى ضمن قيمتها ، وهل يضمن ما في القبالة ؟ وجهان أشبههما العدم ، لكن الظاهر الضمان لانه سبب ذهاب ماله .

أما اذا أودع عند أحد كتاباً مما يريد دراسة ولده فيه مما يوجب أن يكون طبيباً مثلا فضاع بتفريط لم يضمن نقص قيمة دراسة ولده ، وكذلك اذا أودع ماكنة الخياطة لم يضمن الاقيمتها لانقص العبد الذي لم يتعلمها بسبب ضياع الماكنة ، واحتمال ان النقص في العبد بسببه غير ضار بعد عدم كونه سبب الضرر عرفاً ، فهو كما اذا أسقط انسان انساناً على الارض فداسته الارجل فمات ، فان الدية عليهم لاعليه .

نعم لو أسقطه فافترسه الحيوان بما لو لم يسقطه لم يفترسه كان السبب أقوى من المباشر ، وقد اتفق في زماننا ان انساناً وكز قلب انسان فأغمى عليه مما ظن الاطباء موته وحيث كانوا ينقلونه في سيارة الاسعاف الى المقبرة صحا من غشوته

فقال من عنده في السيارة نم فنام ومات بعد نومته واتفق الاطباء عند فحصه بأنه لو بقى جالساً ولم ينم في السيارة لم يمت وانما موته حدث بسبب نومه المنبعث عن أمر من كان معه بالنوم ، فان مقتضى القاعدة ضمان الامر ديته لا الواكز .

ولو قيل : بأنه لو لم يكز الواكز له لم ينته الامر الى الموت ؟ قلنا : هو كما اذا استصحبه انسان الى مكان فاتفق ان رامياً رماه فقتله فهل يقال لو لم يكن المستصحب لم يمت ؟ والحاصل ان المسألة من السبب والمباشر .

(السابع) قال العلامة : لو دفع اليه وثيقة وديعة وقال لاتعطها لزيد حتى تأخذ منه ديناراً فردها اليه قبله ضمن قيمة القبالة مكتوبة وأجرة الكاتب، وينبغي التأمل في أجرة الكاتب ، وذكره مفتاح الكرامة ساكتاً عليه .

أقول: بل ينبغي ضمانه مقابل القبالة الى الدينار أيضاً ، فانه بدفعها اليه فوت عليه مقابلها فهو من السبب، فاذا شاء المودع رجع اليه أو الى الطرف المنكر لمقابل القبالة، وكذلك اذا قالت الزوجة لاتسلم ورقة العقد الى الزوج حتى تأخذ المهر منه لان في الورقة اعترافها بتسلمها المهر فسلمها اليه قبل ذلك مما سبب تفويت المهر على الزوجة .

وهكذا الحال بالنسبة الى أخذ الدية حيث سلم الورقة الى انسان ليسلمها الى معطى الدية فقال لاتسلمها اليه قبل أخذك الدية منه ، والمكاتب والسيد بالنسبة الى النجوم ، الى غيرهم من أصحاب الحقوق التي تفوت حقوقهم بسبب تسليم المستودع الورقة الى الثالث الذي يطلبه المودع ونحوه .

(الثامن) لو سلم المستودع الوديعة الى غير المودع اشتباهاً فان كان من

التعدي أو التفريط عرفاً ضمن ، والا لم يضمن على ما سبق الاشارة الى مثله ، وكذلك اذا جن جنوناً خفيفاً أو نحو الجنون فسلمها الى غير المالك .

(التاسع) قال في القواعد : لو عين المودع للمستودع حرزاً وقال ضعها فيه فخاف من غرق أو حرق وجب نقلها الى حرز غيره ، فاذا تركها والحال هذه ضمنها ، سواء تلفت بالامر المخوف أو بغيره .

أقول: وذلك للارتكاز لانه مفرط في الحفظ عرفاً ، اذ الذي يستفيد العرف من مثل ذلك انه قصد بالتعيين نوعاً من الصيانة والاحتياط لاانه قصد بذلك الاعراض اذ عرضت أمثال هذه الاحوال المخوفة فالاحتياط لازم عليه في النقل لانه مأمور بالحفظ الذي لايتم الا بالنقل ، فاذا لم ينقلها كان من التفريط المسبب للضمان، سواء تلفت بالمخوف أم بغيره .

ثم قال القواعد : ولو قال لاتنقلها وان خفت فنقلها من غير خوف ضمن ، وفي مفتاح الكرامة يدل عليه بالاولوية ما تقدم من الاجماع المعلوم والمنقول في التنقيح والمسالك .

ثم قال القواعد : ولو نقلها مع الخوف أو تركها لم يضمن كما لو قال اتلفها .

أقول: وذلك لانه هو السبب فليس من التعدي أو التفريط والخيانة الموجبات للضمان ، ولو شك في انه أراد بنهيه عن النقل الحفظ أو البقاء حتى مع الخوف لوجهة نظر له في ذلك لم يستبعد اتباع الارتكاز العرفي من ارادة الحفظ ، اللهم الا أن يقال باصالة عدم الضمان .

ثم قال القواعد : ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالغرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة وقول الودعى لانه أمينه .

أقول : لكن الظاهر هو الثاني لانه محسن فلا سبيل عليه ، ولانه انما قبض لمصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله بيمينه ، ولان عدم تقديم قوله يفضي الى تنفير الامناء من الوديعة وربما أدى الى تعذر حصولها ، وان امكان اقامة البينة لايستلزم توقف القبول على اقامتها كما في دعوى التلف ، كذا في مفتاح الكرامة : والعمدة اطلاق عدم تخوين من ائتمنه الانسان مما تقدم من الادلة ، وقد اختار هذا القول المختلف وقواه جامع المقاصد ، بل في الاول انه أشهر .

قال في مفتاح الكرامة : ولعله استند في دعوى الاشهرية الى عمومات النص والفتوى، مثل صحيحة الفقيه، عن أبي عبدالله عليه السلام، ورواية ثقة الاسلام والشيخ في الحسن الذي هو كالصحيح عنه عليه الصلاة والسلام أيضاً قال : صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان[1]، وهو باطلاقه شامل للغرق وغيره كاطلاقات الفتاوي والا فلم نجد من أفتى به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في المبسوط مخالفاً له) .

اما احتمال تقديم قول المالك فهو خيرة المبسوط والتذكرة وعللوه بأن المستودع ادعى أمراً ظاهراً لايخفى كالحريق والنهب والغرق ، ويمكن اقامة البينة عليه بخلاف السرقة والغصب والتلف في يده ، فانها امور خفية يقبل قوله فيها مع يمينه ، لكنك قد عرفت ان اطلاق النص والفتوى يقتضي قبول قوله ، وقد ذكرنا سابقاً مسألة تحقيق الحاكم وان دور اليمين والبينة بعد التحقيق .

(العاشر) قال في القواعد : لو أمره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ، ولو قال : ضعها في كمك فوضعها في جيبه لم يضمن لانه أحرز ويضمن

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من كتاب الوديعة ح ١ .

بالعكس، ولو قال: اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد وعدمه لانها أحفظ من الطرار بالبط ، أما لو استرخى بنوم أو نسيان فانه يضمن، فان ربطها امتثالا له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لانه أغراء للطرار ، ولا يضمن لو جعله من داخل .

أقول : مقتضى القاعدة ما تقدم من المعيارين من ارادة المودع الحفظ أو الخصوصية ،كما ان في نقله هل يكون من التفريط أو التعدي أو لا ؟ ومن الواضح اختلاف انظار المودعين ،كما ان من الواضح اختلاف أقسام النقل .

ومن ذلك يعلم المعيار فيما ذكره القواعد بعد ذلك بقوله : ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ولو كانت للمستودع فهي كالبيوت ولو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن ، ولو قال : اجعلها في هذا البيت ولا تدخله أحداً فأدخل قوماً ضمن ، سواء سرقت حال الادخال أو بعده ، سرقها من دخل البيت أو غيره ، ولو قال : اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن بخلاف العكس .

أقول : أما فرعه الاول من الفرق بين صناديق المالك وصناديق المستودع فقد حكى عن المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ، وعلله في مفتاح الكرامة بأن المالك بوصفه قد عين الحرز فاذا خالف المستودع كان تصرفاً غير مأذون فيه فيضمن وان كان احرز لان في ذلك تغييراً لحال الوديعة الا مع الخوف والحاجة الى النقل ، بل في التحرير انها في الحقيقة وكالة لا استيداع .

أقول : لكنك قد عرفت المعيار الاتي هنا أيضاً ، فلا وجه ظاهر للفرق بين الصندوق للمالك والصندوق للمستودع ، ومنه يعلم الحال فيما اذا كان الصندوق للثالث أو نقل من صندوق المالك الى صندوق المستودع أو الثالث أو بالعكس،

وكذلك حال الاصطبلات بالنسبة الى الدواب .

ومنه يعلم الحال في فرعه الثاني وهو انه لو أمره بجعلها في صندوق من غير قفل فقفل عليها لم يضمن ، وان كان حكي عن المبسوط والتحرير وعلله في مفتاح الكرامة بأنه زادها حرزاً ، فكان كما لو قال له اطرحها في صحن دارك فأدخلها في البيت وقفله .

قال في المبسوط : ومن الناس من قال يلزمه الضمان لانه نبه عليه اللصوص بأن فيه مالا ورده بأنه لو قال بلفظه ان فيه مالا لم يضمن فبالاولى أن لايضمن بالتنبيه .

أقول : لكن المعيار هو ما ذكرناه ، فانه قد يريد عدم القفل ،كما انه قد يريد القفل لاختلاف الدواعي والاغراض ، فكان ما استثناه المبسوط هو الموافق للقاعدة ورده محل تأمل .

أما فرعه الثالث وهو قوله : لو قال اجعلها في هذا البيت ولايدخله أحد فأدخل قوماً ضمن ، سواء سرقت حال الادخال أو بعده ، سرقها من دخل البيت أو غيره ، ففيه نظر واضح ، اذ ادخال الناس وعدم الادخال لاربط له بالوديعة ، وانما يلزم الفرق بين التلف بسبب الادخال وغيره ، ولذا كان المحكي من التذكرة انه استشكل فيما لو سرقها غير الداخلين والحارسين ، أو تلفت بحرق أو غرق لم يضمن بحصول التلف بغير سبب المخالفة .

أما القول بأنه تفريط بالمخالفة ففيه ما لايخفى ، لان كل مخالفة لايوجب الضمان ، فهو كما اذا قال له : اجعله عندك وديعة ولاتشرب الماء أو ما أشبه مما لاربط له بالحرز ، ومن الواضح انه ليس ادخال القوم معتبراً في الحكم بل هو جار في الواحد أيضاً كما نبه عليه مفتاح الكرامة .

وأما مسألة الخاتم والخنصر فقد قال في مفتاح الكرامة : انه هو فتوى المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير ، وشرط في الاخير في صورة الاصل أن يكون الخاتم متسعاً ينزل الى أسفل قال : وان كان ضيقاً يقف عند الانملة ضمن وهو مراد في بقية العبارات ، وكذا اذا كان وضعه في البنصر مفضياً الى تلفه بالكسر أو الحك فانه يضمن لو تلف ، وينبغي التقييد في صورة العكس بما اذا كان يبلغ أسفل البنصر ، والا فأصل الخنصر أوثق منه ، وهذاكله مبني على ان النقل الى الاحرز عن المعين جائز اختياراً ، وأما على القول بعدم جوازه الا عند الضرورة فلايتأتي ذلك) .

لكنك قد عرفت المعيار في المسألة فليس الامر على نحو الكلية التي ذكروها .

(الحادي عشر) لوكانت الوديعة تفسد بالوضع فيالموضع الحار أو البارد فوضعها فيه ضمن ، أما اذا أمر المالك بذلك ، فان كان عن قصد لم يضمن، وان كان عن ارتكاز انه صالح للوديعة ولم يعرف المستودع الارتكاز لم يضمن أيضاً وان عرف المستودع بذلك ضمن بأن عرف المستودع اشتباه المودع ، كما اذا قال له الطبيب : احفظه في مكان بارد فاشتبه وزعم بأنه قال احفظه في مكان حار ، وهذا من فروع تخالف الاشارة واللفظ .

ثم اذا قال : احفظه في هذا أو ذاك فحفظه وذهبت الكهرباء بما أوجب الفساد لم يضمن ، والظاهر ضمان صاحب ماكنة الكهرباءِ من جهة اتلاف مال الناس بشرائطه المقررة ، أما اذا جعل ميت الناس في مكان يسرع اليه الفساد كالمكان الحار ففسد فهو معصية لا انه يوجب الضمان لعدم المالية .

(الثاني عشر) لافرق في الضمان بين تساوي قيمة الموافقة والمخالفة أو

تخالفهما ، فلو قال احفظ الخبز في مكان حار فحفظه في البارد ضمن للمخالفة وان تساوت قيمة الخبزين .

(الثالث عشر) لو لم يحفظ ثلجه في الثلاجة فما سبب ميوعته مع أمره بذلك ثم ارجع الماء الى الثلاجة حتى جمد فعلى المشهور يضمن لانه خالف كما ذكروه في مسألة الرد الى الحرز ، وعلى ما ذكرناه هناك لايضمن، وكذلك عكس المسألة بأن كان لا يريد الماء الجامد فجمده ثم أذابه ، الى غير ذلك من الامثلة .

(الرابع عشر) من مسألة المخالفة في الحرز مسألة ماذا فتق القميص ثم خاطه ، أو فسخ الباب ثم جمعه ، أو ميز الخليط من الحنطة والشعير للمالك ثم خلطهما أو بالعكس فيما أعطاه مخلوطاً أو مميزاً ، أو فك مثل السيارة والغسالة والبرادة وسائر المركبات ثم جمعها ، أو بالعكس بأن أودعه قطع غيار فجمعها ثم فسخها ، أوكتب في الورق المودع ثم محا الكتابة ، أو بالعكس فيما لم يضر بالورق شيء ولم يبق له أثر ، وان كانت بعض المسائل المذكورة أشكل في عدم الضمان من بعض .

(الخامس عشر) لو أتلف البعض المتصل من الوديعة كما لو قطع يد العبد المودع عنده ، أو احرق بعض الثوب ، أو فقأ عين الدابة أو صلم اذنها أو جدع أنفها ، أو هدم غرفة في الدار ، أو قطع غصناً من الشجرة ضمن الجميع ،وذلك لانه خيانة فلا تخص البعض دون البعض ، أما لو صدر ذلك منه خطاءاً أو نسياناً أو بزعم انه ملكه، أو بظن ان المالك أجازه في ذلك أو نحو ذلك ضمن ما أتلفه

خاصة لدليل اليد، ولم يضمن الباقي لانه لم يخن في الامانة.[1]

هذا بالنسبة الى البعض المتصل، أما لو أتلف البعض المنفصل منها كما لو أتلف درهماً من صرة أو بيضة أو جوزة من سلة منهما أو ماأشبه ذلك ضمن ما أتلفه خاصة دون الباقي، لانه لايكون من الخيانة في الباقي حتى يضمنها، نعم اذا فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فانه يضمنه لذلك لا لاتلاف البعض ولايزول ضمانه للبعض باعادته اياه بل يحدث ضمانه للكل ان مزجه به على وجه لايتميز كماسبق.

نعم ان أتلف أحد مصراعي الباب أو فردي الحذاء ضمنه وضمن قيمةالاجماع أيضاً، وفي حكم الاتلاف في المسألتين ما يشبه الاتلاف كما اذا خرق بعض الثوب أو جرح يد العبد أو ماأشبه ذلك.

ولذا قال في مناهج المتقين: لو أتلف بعض المتصل من الوديعة كما لو قطع يد العبد المودع عنده، أو أحرق بعض الثوب ضمن الجميع، نعم لو صدر ذلك منه خطاءاً ضمن ماأتلفه خاصة، ولو أتلف البعض المنفصل منها كما لو أتلف درهماً من صرة ضمن ماأتلفه خاصة دون الباقي، الا أن يكون قد فرط في الباقي أيضاً أو تعدى فانه يضمنه لذلك ولا يزول ضمانه للبعض باعادته اياه بل يحدث ضمانه للكل ان مزجه به على وجه لايتميز كما مر.

(السادس عشر) لو مات أو جن أو نحوهما ووجد في تركته شيء مكتوب عليه انه وديعة فلان أو انه وديعة للموقوفة الفلانية أو ماأشبه ذلك، أو وجد في دفتره ان الشيء وديعة فلان وكان الشيء موجوداً، أو انه كان كاتباً فيه ان دراهم معدودة في أمواله وديعة لفلان فيما قلنا بجواز التصرف في الوديعة لتبديلها على

---

(١) المستدرك: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢.

ماهو الارتكاز على ماتقدم ، فان أفادت الكتابة الاطمينان العادي للوصي أوالوارث أو الحاكم بكونها وديعة لمن سمى له سلمه اليه أو الى ورثته بعد موته ، والا لم يدفعه اليه الا بعد الاثبات الشرعي لانه لا اعتبار بالكتابة على ماذكروه ، ومثل الكتابة ماذا كان قرء وصيته في شريط أو نحو ذلك .

ولذا قال في مناهج المتقين : لومات ووجد في تركته شيء مكتوب عليه انه وديعة فلان ، أو وجد في دستوره ان الشيء وديعة فلان وكان الشيء موجوداً ،فان أفادت الكتابة العلم للوصي بكونها وديعة لمن سماه سلمه اليه ، والا لم يدفعه اليه الا بعد الاثبات الشرعي لان الكتابة لا حجية فيها على الاطلاق) . ولو تردد الاسم بين نفرين فالمحكم قاعدة العدل .

ومنه يعلم حال ماذا ادعى عليه بأنه أودعه الشيء الفلاني واستشهد بأنه كتبه بيده وأبدى المدعى عليه العذر في الكتابة بما لم يوجب الاطمئنان مثلا قال كتبت حين اكرهني اليها أو هي بيان المثال لتلاميذي أو ما أشبه ذلك ، ولذا لا يكون مثل الاعتراف في الراديو والتلفزيون والشريط والتلفون حجة ، اذ لعله الجيء الى ذلك ، ومن هذه الجهة لاتعيرها المحاكم العالمية القانونية اهتماماً ، نعم قد يعدونها من القرائن .

ومثل الوديعة فيما ذكرناه الاجارة والمضاربة والشركة والرهن والبيع والنكاح والطلاق وغيرها ، ومثل موته والوجود في تركته ماذا جن أو أغمى عليه أونام نوماً مستمراً أو نحو ذلك ووجد في دستوره الكتابة المذكورة لوحدة الملاك في الجميع .

(السابع عشر) لو ادعى عليه وديعة وعيّن كل علاماته وانه وضعها في الصندوق الفلاني الى غير ذلك ،كما اذا قال ان الشاة المودعة من صفتها كذا

وكذا والمستودع لايعلم تلك الصفات ، أو اني أودعته الجوهر الفلانـي فوضعه في صندوقه الاحمر في زاويته الجنوبية ووضع فوقه قماشاً بلون كذا مثلا فـان أوجب العلم فهو والا لاتكون تلك الصفات والعلامات الا من القرائن ، وكذلك الحال لو ادعى انه أودعه مصراعاً من مصراعي بابيه ، أو فردة من فردتي حذائه وكان بيده المصراع الثاني والفردة الثانية . الى غير ذلك من القرائن العرفية .

ولو ادعى ان الشاة أو الدابة له وعلامة ذلك انها اذا أطلقت مـن الاصطبل والمراح ونحوهما تأخذ طريق بيت المدعى وفعلت الشاة والدابـة ذلك فانها لا تكون الا مـن القرائن لا انها توجب قبول قوله ، الا اذا أورثت العلم على ما عرفت .

(الثامن عشر) لو وكل المودع من يتسلم الوديعة من المستودع سواء لاتيانها الى المودع أو لانه آجرها من انسان أو باعها لانسان أو نحو ذلك من سائر أقسام المعاملات فطالبها الوكيل وامتنع المستودع من تسليمها اليه ، فان كان عدم التسليم من جهة عدم ثبوت الوكالة لم يضمن ، وان كان بعد ثبوت الوكالة وانما لم يدفع اعتباطاً ضمن ، أما اذا لم يطالبه الوكيل فالظاهر ان الواجب اعطائها له بعد علمه بعدم رضاء المودع أو المنتقل اليه بقائها عنده .

ولو قال الموكل للوكيل اني أطلب أحد الذين في المدرسة أو ما أشبه وجاء ونادى الطلبة بوكالته فاللازم اعلامه مـن المستودع بكونها عنده ، وقـد عرفت سابقاً انه لايلزم الاشهاد الا اذا خاف من الانكار فيلزم الاشهاد أو نحوه لبرائته .

ومنه يعلم موضع الرد والقبول فـي قول مناهج المتقين : لو وكل المودع من يسلم الوديعة من المستودع فطالبه الوكيل فامتنع هو من تسليمها اليه ، فـان كان اقتراحاً ضمن ، وان كان لعدم ثبوت وكالته لم يضمن ، ولو لم يطالبه الوكيل

لم يلزمه حملها اليه ، نعم يلزم اعلامه الوكيل وكونها عنده اذا كان هو جاهلا بذلك ولايلزمه الاشهاد عند التسليم على الاظهر ، ولو أخر التسليم لان يتمكن من الاشهاد ضمن في وجه .

(التاسع عشر) اذا أودعه الوديعة ثم طلبها منه وشك في انه على حاله الطبيعي أو لا بأن صار سفيهاً أو معتوهاً ، أو انه فى حالة السكر أو حالة الجنون أوماأشبه ذلك لم يضمن بعدم التسليم الى أن يتحقق ، نعم يجب عليه التعجيل في التحقيق على ماتقدم فى مسألة الفورية في الرد ،وكذا يجب الاسراع فيالاستشهاد ونحوه اذا خاف الانكار .

(العشرون) اذا أودع عنده خاناً أو فندقاً أو دكاناً أو معملا أو مصنعاً أو غير ذلك لم يجز له التصرف فيها الا بقدر الارتكاز بمثل الصلاة فيها ونحوها ، ولو أودع عنده ماءاً لم يجز الغسل فيه أو الوضوء به أو ماأشبه ذلك لانه تصرف ، الا اذا كان ارتكاز بالجواز ، ولو أودع بستاناً فالظاهر انه لايضر أكل المارة منه حسب الموازين الشرعية ، فلا يلزم حفظها عن ذلك بل يجوز له أيضاً اذا مر على البستان أن يأكل منه حسب حق المارة .

(الواحد والعشرون) لو سرق المستودع من الوديعة في صندوق مقفل عنده فان كان الصندوق المقفل من المالك كان من السرقة الموجبة للحد ، وان كان الصندوق المقفل من نفسه لم يكن من السرقة لانه لم يهتك حرز المودع ، والمنصرف من هتك الحرز حرز المالك لا حرز المستودع .

(الثاني والعشرون) لو وضع عنده مصباحاً متوقداً فقرأ في ضوئه أو عمل الاعمال المحتاجة الى الضوء كالخياطة ونحوها لم يكن ذلك من التصرف في الوديعة في شيء ، فلا يضمن بذلك ، نعم الظاهر ان من التصرف اطفاء المصباح

ولو بالنفس كأضائته اذا لم يكن متوقداً .

(الثالث والعشرون) لو وكل العالم أن يأخذ خمسه ممن عنده ماله فالظاهر انه يكون وديعة عنده بالنسبة الى الخمس ، وكذلك حال توكيل الفقير ونحوهما في أخذ شيء من ماله الموجود عند وكيله فيما كان عين المال موجودة ويكون حينئذ من الكلي في المعين .

(الرابع والعشرون) الاستيداع والايداع يمكن أن يكون في عين شخصية أو مشاعاً أو كلياً في المعين بل أو مردداً لمالك واحد ،كما اذا قال زيد أودعتك كتاب شرح اللمعة أو كتاب القوانين على سبيل الترديد بناءاً على صحة مثل ذلك كما لم نستبعده في بعض مباحث الفقه خلافاً لغير واحد من الفقهاء ، حيث أبطلوه شرعاً أو أحالوه عقلا ، وكذلك اذا كان الشيء مردداً بين مالكين فقالا أودعناك فانها تصح وديعة ، وان لم يعلم انها مودعة من هذا أو هذا ، واذا قال أحدهما ذلك وتسلمه المستودع وكان القائل المالك واقعاً صار وديعة والا فلا .

(الخامس والعشرون) لو خيره المكره بين اعطائه مال نفسه أو مال الوديعة فأعطاها لم يستبعد عدم الضمان أيضاً ، لان الاكراه على الكلي اكراه على كل فرد منه ، نعم اذا كان ماله أقل من مال الوديعة وأعطى مال الوديعة ضمن التفاوت لانه لم يكن مكرهاً في قدر التفاوت .

ومثله اذا كانت الوديعة مائة واكرهها المكره بتسليمها له وكان يكتفي بتسليم البعض كالخمسين والستين مثلافسلم الكل كان ضامناً للتفاوت لانه لم يكن مكرهاً في ذلك .

ومنه يعلم حال ما اذا كان له شاة وللمودع بقرة فأراد أحدهما المكره فسلم البقرة ضمن قدر التفاوت بينهما لمالك البقرة .

(السادس والعشرون) اذا سفه أحد الطرفين أو فلس كان مقتضى القاعدة بطلان عقد الوديعة لانتقال ولاية المال من المالك الى وليه في السفه والى الغرماء في الفلس ، وليست الوديعة لازمة حتى لايؤثر السفه والفلس فيه بل عقد جائز ، ولذا اتفقوا على بطلانها بالجنون والموت ونحوهما ولانقطاع المستودع من الولاية على مال نفسه فكيف بمال غيره ، لكن ربما احتمل العدم لان العقد أوجب ذلك ، فاذا شك حيث لادليل على البطلان كان الاصل البقاء منتهى الامر اذا لم يجز له التصرف تصرف فيها وليه .

قال في المناهل : صرح في التنقيح ببطلان عقد الوديعة أيضاً بسفه أحدهما وافلاسه وعندي فيه اشكال واحتمال عدم البطلان في غاية القوة للاصل السليم عن المعارض ، ولكن مراعات الاحتياط أولى - انتهى . لكن ما صرح بـه التنقيح أقرب الى الصناعة .

(السابع والعشرون) صرح في التذكرة بأنه لو قال المالك : أودعتك كذا فان خنت ثم تركت الخيانة عدت أميناً لي فخان وضمن ثم ترك الخيانة لم يعد أميناً ، واستدل على ذلك بأنه لا ضمان حينئذ حتى يسقط ، لكن الظاهر مع الغض عما ذكرناه من ان الرجوع في الخيانـة يوجب أحكام الامانـة ، وان لم يصرح المالك، ان مثل هذا القول يقتضي عدم الضمان لان المالك اذا رفع الضمان فلا وجه للضمان بعد عدم الدليل على ضمان شرعي غير الضمان المالكي .

ولذا قال في المناهل : هذه المسألة عندي في غاية الاشكال ، فلاينبغي ترك الاحتياط فيها وان كان احتمال عدم الضمان لايخلو عن قوة .

(الثامن والعشرون) لو قبض من غيره مالا فتلف من غير تعد منه ولاتفريط، فادعى القابض انه كان وديعة وادعى المالك انه كان قرضاً فمقتضى الصناعة انـه

من مورد التحالف لان القرض والوديعة أمران متقابلان، فليس بينهما الاقل والاكثر حتى يكون الاصل مع أحدهما .

ومنه يعلم حال العكس بأن ادعى المالك الايداع وادعى القابض الاستقراض لكن في المقام رواية خاصة في احدى الصورتين يجب القول بها وهو خبر اسحاق بن عمار الذي وصفه بالصحة في المختلف والرياض وعده بعض الاجلة من الموثق .

وقد رواه الكليني والشيخ والصدوق قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندي وديعة ، وقال الاخر: انما كانت عليك قرضاً ؟ قال : المال لازم الا أن يقيم البينة انها كانت وديعة .[(١)]

وفي المناهل يعضد هذه ما أشار اليه بعض الاجلة قائلا : روى الكليني والشيخ في الموثق عن اسحاق بن عمار أيضاً ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لرجل : لي عليك ألف درهم ، فقال الرجل : ولكنها وديعة ؟ فقال عليه السلام : القول قول صاحب المال مع يمينه .[(٢)]

ولذا ذهب الى ذلك النهاية والنافع والتذكرة والتبصرة والمختلف والتنقيح والرياض والاسكافي والحلي على ما حكى عن بعضهم ، بل صرح بعضهم بالاتفاق عليه أو نفي الخلاف فيه ، أما الوجوه التي ذكروها لذلك فهي أقرب الى الاعتبار ، ولو لا الدليل الخاص لكنا نقول بما ذكرناه سابقاً :

مثل ما حكى عن ابن ادريس من انه قال : لانه أقر بأن الشيء في يده أولا

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ١٣٨ الباب ١٨ من كتاب الرهن ح ١ .

وادعى كونه أمانة والرسول ﷺ قال : (على اليد ما أخذت حتى ترده)[1] وهذا قد اعترف بالاخذ والقبض وادعى الوديعة وهي تسقط الحق الذي أقر به لصاحب المال فلا يقبل قوله في ذلك .

ومثل قول التذكرة: لان المتشبث يزيل دعواه ماثبت عليه من وجوب الضمان بالاستيلاء على مال الغير فكان القول قول المالك .

ومثل ماعن التنقيح من ان ذا اليد أقر بوصول المال اليه وهو محتمل الاقراض وعدمه كالاستيداع ، ولامرجح لاحد الاحتمالين على انه يدعى ما يزيل الضمان فعليه البينة ومع عدمها كان القول للمالك .

ومثل قول الرياض بعموم على اليد الموجب لضمان ما أخذه خرجت عنه الامانة حيث تكون معلومة بالاجماع فتوى ورواية ، وبقى الباقي يشمله عموم الرواية .

ومنه يظهر وجه النظر في قول مناهج المتقين حيث قال : لو قبض من غيره مالا فتلف من غير تعد منه ولا تفريط فادعى القابض انه كان وديعة وادعى المالك انه كان قرضاً فالقول قول المالك بيمينه ، نعم مع وجود العين له ردها اليه ، ولو انعكس الفرض فادعى المالك الايداع وادعى القابض الاستقراض فقيل يقدم قول المالك ، ولو قلنا بتقديم قول القابض لاقراره بلزوم البدل عليه عند التلف من غير تفريط ولاتعد كان أحسن) .

فان فرعيه الاولين على ما عرفت ، أما فرعه الثالث ففيه ما ذكرناه من انه موضع التحالف ولادليل مخرج عن ذلك ، اللهم الا أن يفهم المناط وهو غير

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٣ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١٢ .

مقطوع ، ثم انه يلحق بصورة التلف صورة عدم امكان رد المال المفروض الى صاحبه مع بقائه ، كما لو ألقى في البحر أو اغتصبه الغاصب منه مع تقصيره في الامر أو ما أشبه ذلك ، كما صرح ببعض الفروع المذكورة في محكى النافع والتذكرة .

وفي المناهل الظاهر انه مما لاخلاف فيه قال : وهو مقتضى اطلاق الرواية الثانية ، ثم اذا تمكن الودعى من رد عين المال المتنازع فيه الى المالك فعن الرياض ان القول قول الودعى قائلا : ويفهم من قوله اذا تعذر الرد أو تلف العين ان مع عدم التعذر القول قول الودعى ولاريب فيه لاصالة عدم القرض فله رد نفس العين والخبر المتقدم صريح في التلف.

(التاسع والعشرون) المشهور بين الفقهاء انه لو تصرف في الوديعة باكتساب ضمن وكان الربح للمالك ، ومستنده رواية التهذيب والفقيه عن مسمع قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : اني كنت استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه ثم انه جائني بعد ذلك بسنتين بالمال الذي كنت استودعته اياه، فقال: هذا مالك فخذه وهذه أربعة الاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفت المال الذي كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى ؟ قال : فقال عليه السلام : خذ نصف الربح وأعطه النصف وحلله ان هذا رجل تائب والله يحب التوابين[1] .

قال في المختلف : اذا اتجر الودعى بالوديعة من غير اذن المالك كان ضامناً والربح للمالك بأجمعه، قاله الشيخان وسلار وأبو الصلاح وابن البراج وغيرهم،

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٥ الباب ١٠ من كتاب الوديعة ح ١ .

وكذا قال ابن الجنيد : الا أن أصحابنا اطلقوا وابن الجنيد فصل .

وعن المراسم انه قال: ان اتجر المستودع بمال الوديعة فعليه مايخسر وللمودع الربح ، وقد أشكل الخونساري في جامع المدارك على المشهور قائلا : ان قولهم مشكل بحسب القواعد حيث ان التجارة ان كانت بعين الوديعة فهي معاملة فضولية ان أمضاها المالك صحت وان ردها بطلت..

فما يظهر منه الصحة بدون حاجة الى الامضاء مشكل، وان كانت بالكلي في الذمة مع دفع الوديعة عما في الذمة فمقتضى القاعدة استرداد الوديعة مع الامكان وغرامة المثل أو القيمة مع عدم الامكان وكون الربح للودعى الا أن تستشكل في صحة مثل هذه التجارة بقصد أداء ما في الذمة ، وان كان المالك اذن في التصرف مع الضمان فمقتضى القاعدة صحة التجارة وكون الربح للودعى التاجر ولامجال للشبهة من جهة قصد أداء ما في الذمة بمال الغير .

أما الرواية فيمكن أن يكون أمر الامام عليه السلام (١) بالاخذ أمراً بامضاء المعاملات الواقعة واعطاء النصف اياه احساناً اليه مع وقوع التجارة بالعين ، وامر بأخذ نصف الربح مع كونها بما في الذمة من باب قبول الاحسان الواقع من طرف الودعى) .

لكن لايبعد أن تكون الرواية على طبق القاعدة حيث ان الربح حصيلة المال والعمل حتى فيما اذا باع كلياً وأعطى العين من باب الوفاء ، فان العرف يرون الربح منهما كما هو الحقيقة ومثله مقسم بينهما وكأن الربح في ذلك الزمان في المضاربة كان بالنصف والا فمقتضى مايراه العرف التقسيم بينهما حسب الموازين

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٥ الباب ١٠ من كتاب الوديعة ح ١ .

الاقتصادية بالنسبة من الثلث أو النصف أو غيرهما كما ذكرناه في [كتاب الاقتصاد] .

وحيث كان الامر على حسب القاعدة لا فرق بين الوديعة والغصب والعارية ونحوها بخلاف ما اذا قلنا انه تخصيص للقاعدة بدليل خاص ولم يفهم الملاك هذا حسب ما يراه العرف ، أما حسب الصناعة فلا يبعد ما ذكره جامع المدارك وغيره ، وقد فصل الكلام فيه في المناهل تفصيلا فمن شاء راجعه .

ومنه يعلم الكلام فيما ذكره مناهج المتقين حيث قال: لو تصرف المستودع في الوديعة واتجر بها بغير اذن المالك ضمنها، ثم الاقوى انه ان وقعت المعاملة على العين المودعة كانت موقوفة على اجازة المودع، فان أجاز صحت المعاملة وكان الربح كله للمالك ولا شيء منه للمستودع ، وان رد فسد البيع ، وان اشترى في الذمة ودفع الوديعة وفاءاً صحت المعاملة وكان الربح كله للمستودع وعليه بدل الوديعة من مثل أو قيمة وهو آثم ، ولا فرق في ذلك كله بين كون الوديعة لكامل أو قاصر .

(الثلاثون) لو رد الودعى المال قائلا هذا مالك وانما هزل الحيوان أو تفه طعم الخل أو تغير لون القماش أو ما أشبه ذلك من غير تعد أو تفريط قبل قوله لانه أمين على ما عرفت ، والظاهر انه ان قال المالك هذا ليس مالي وانما كان مالي غيره يقبل قول الامين أيضاً لما تقدم .

واحتمال الاحتياج الى البينة لا وجه له وان قطع المالك بأنه ليس ماله جاز له الاخذ منه من باب التقاص عن ماله، ثم ان حلف المستودع فلا شيء للمالك والا كان له التقاص من المستودع من مال آخر بقدر التفاوت بين المعطى له وبين ماله ان كان بينهما تفاوت .

(الواحد والثلاثون) اذا قال الودعى ان أحد هذين الشيئين هو مالك والاخر

مالي ولا أعلم التعيين ، فان تساويا أخذ كل واحد واحداً من باب الشركة أو ما أشبه ، وان اختلفا فالظاهر ان التفاوت بينهما لقاعدة العدل ، وكذا الحال ان قال أحدهما لك والاخر لانسان آخر أو موقوفة أو ما أشبه ذلك .

(الثاني والثلاثون) قد تبين مما تقدم انهما لو اختلفا في انه وديعة عنده أو اجارة أو ما أشبه ذلك كان اللازم التحالف، وقد ذكرنا في [كتاب القضاء] وغيره ان الملاحظ في النزاع المصب لا المآل، فكون الاجارة توجب اشتغال ذمة الاخذ بخلاف الوديعة ، والاصل عدم اشتغالها لايوجب تقديم الوديعة على الاجارة .

ومنه يعلم الحال فيما اذا قال أحدهما : ان الامة مستأجرة ، وقال الاخر : منكوحة لمن بيده الان .

(الثالث والثلاثون) لو طلب المودع الامانة فقال المستودع : أخذتها تقاصاً كان عليه اثبات حق له على المودع أنكره المودع حتى اضطر الى التقاص ، فان لم يتمكن من اثبات أحد الادعائين كان عليه ردها اليه ، وكذلك اذا قال صرفتها على زوجتك أو سائر واجبي النفقة لانك لم تكن تصرف عليهم فاستأذنت الحاكم الشرعي أو عدول المؤمنين ، أو فعلت ذلك بدونهما لعدم وصول يدي الى أي منهما .

(الرابع والثلاثون) لو لم يسلم المستودع المال وتلف المال ولما ادعى عليه المودع عند الحاكم قال : ما سلمتك لانك كنت تريد المعصية بها بانفاقها في شرب الخمر أو لعب القمار أو أجر الفاحشة أو وطي الحيوان فيما اذا كان الحيوان مستودعاً عنده أو ما أشبه فهل يقبل قوله لانه أمين أو لا لانه ادعاء ؟ لايبعد الاول ، وان كان ظاهرهم حسب ما تقدم في بعض المسائل السابقة العدم وسبيل الاحتياط واضح .

ومنه يعلم الحال فيما اذا لم يعطه وادعى انه في وقت طلبه كان مجنوناً أو سكراناً أو سفيهاً أو مفلساً أو ما أشبه ذلك مما اذا ثبت كان للمستودع الحق في عدم رده ، وكذلك اذا ادعى انك كنت غير بالغ أو غير رشيد وقت الطلب فيما اذا كان المال مودعاً عنده من مورثه .

(الخامس والثلاثون) الظاهر انه اذا ادعى الوارث على المستودع المال فقال رددت الى مورثك سمع كلامه بيمينه لانه أمين كما عرفت، وهذا هو المشهور بين الاصحاب بل عن ابن ادريس ادعاء الاجماع عليه، وفي جامع الشتات الظاهر انه لاخلاف فيه الامن العلامة في المختلف في كتاب الوكالة حيث أشكل على ذلك، لكنه بعد ذلك قوى القبول .

وعن ابن فهد في المهذب البارع الاجماع عليه أيضاً فانه قال في كتاب الوكالة: الامناء على ثلاثة أقسام :

الاول : من يقبل قوله في الرد اجماعاً وضابطه من قبض العين لنفع المالك فهو محسن محض فيقبل قوله في ردها حذراً من مقابلة الاحسان بالاسائة وكالمستودع واستشكل العلامة من حيث ان الاصل عدم الرد وهو قادر وجزم في كتاب فتواه بموافقة الاصحاب .

والثاني: مقابله وضابطه من قبض العين لنفعه ومصلحته كالمستعير والمسترهن والمستأجر .

الثالث : من قبض العين ونفعها مشترك بين المالك والقابض كالمضارب والوكيل بجعل ، فمن غلب جانب النفع اعتبر قول المالك ومن غلب جانب الامانة اعتبر قول العامل، وعن ابن مفلح أيضاً دعوى الاجماع عليه، لكن لايخفى

ان ضابط ابن فهد غالبي ، فقد يودع المودع المال عند المستودع لنفعه لالنفع المالك ، والعمدة ما عرفت من انه أمين .

هذا بالاضافة الىما تقدم الالماع اليه من قوله سبحانه: ﴿ما على المحسنين من سبيل﴾(١) و﴿هل جزاءِ الاحسان الا الاحسان﴾(٢) ونحوهما ، ولايقال ان الحلف على الامين سبيل عليه لانصراف السبيل عن مثله .

ثم قال المحقق القمي : الظاهر انه لاخلاف أيضاً في ان الدعوى من المستودع في الرد على وكيل المودع أيضاً ، مثل دعواه الرد على الموكل وهو كما ذكره لاطلاق الدليل ، فكل واحد من الوكيل والموكل ان أخذ من أحدهما ورد الى الاخر أو من وكيل ورد على وكيل آخر قبل دعواه فيه .

أما قوله بعد ذلك: أما لو أدعى المستودع الرد على وارث المودع احتاج الى البينة لان الوارث لم يجعله أميناً، فقد عرفت في السابق ما فيه من انه لافرق بين الوارث والمورث والمعطى لوليه بعد ان جن أوما أشبه لان ظاهر الدليل العموم ولو بالملاك .

(السادس والثلاثون) لو مات المورث وله وارثان ادعى أحدهما انه اجارة، وقال الاخر انه قرض ، وقال من عنده انها وديعة ، فالظاهر كفاية يمين واحدة فيما اذا وصل الامر الى اليمين، اذ لاوجه لتعدد اليمين بعد الاطلاق الشامل للمقام وكذا في أمثاله .

(السابع والثلاثون) اذا أودع عنده أرضاً فلاحق للزوجة في التنازع معه ، اذ لاحصة له منها ، وكذلك لاحق لسائر الاولاد في التنازع مع المستودع في

---

(١) سورة التوبة : آية / ٩١ .

(٢) سورة الرحمن : آية / ٦٠ .

الحبوة ، فان طرفه فيها هو الولد الاكبر فقط كما تقدم مثله .

(الثامن والثلاثون) لوقال المستودع: ان الشيء نصفان نصفه وديعة ونصفه اجارة أو قرض مثلا كان لكل نصف حكمه ، اذ وحدة الشيء لايوجب وحدة العقد عليه ،كما ان تعدده لايوجب تعدد العقد عليه .

(التاسع والثلاثون) لو أودع عنده شيئين فربما يجعلهما وديعتين كنكاحين في صيغة واحدة وربما يجعلهما وديعة واحدة ، والاحكام في الوحدة والاثنينية تابعة لهما ، وقد ذكرنا في بعض المباحث امكان أن يجعل لبضاعتين بيعين في صيغة واحدة وأن يجعل لهما بيعاً واحداً ، وتظهر الثمرة في الخيار ونحوه ، نعم في باب النكاح والطلاق لايمكن جعل نكاح واحد لامرأتين ، وكذلك بالنسبة الى الطلاق والخلع ونحوهما .

(الاربعون) اذا طير الريح الثوب الى داره أو جاء بالامتعة أو الاواني السيل اليه ، أو هرب حيوان كالشاة والغزال ونحوهما ودخلا بيته ، أو القى اللص بضاعة الناس الى محله ، أو جاء حيوان بفريسته المملوكة أو بالمطاردة نحوه الى غير ذلك لم تكن أمانة مالكية ولاشرعية، أما الاول فلعدم استئمان المالك له ، وأما الثاني فلانه لادليل على استئمان الشارع له ، اللهم الا اذا كان من الاهمية بحيث يجبره الشارع عليه ، نعم اذا أخذها صارت أمانة شرعية لها أحكامها .

وقد مثل العلامة في القواعد بالمثال الاول فقال في اثناء كلامه : اذا انفسخت الوديعة بقيت أمانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب تطيره الريح الى داره ويجب عليه اعلام صاحبه ، فان أخر متمكناً ضمن ، وقد عرفت وجه النظر فيه ، ولذا حكى الشهيد عن الفخر انه لايضمن اذا أخر متمكناً الا مع التصرف وهو مقتضى القاعدة ، فان دليل تسلط الناس على أنفسهم حاكم على ما ذكره العلامة .

(الواحد والاربعون) قال في القواعد: ولوأوصى الى فاسق أو أجمل كقوله عندي ثوب وله أثواب ضمن ، وفي مفتاح الكرامة هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين وخيرة المفاتيح في الاول وظاهر المبسوط في الثاني .

أقول : فيه نظر وهو انه ليس الوصية الى فاسق موجباً للضمان مطلقاً، وانما يكون موجباً للضمان اذا كان تضييعاً ، وكذلك بالنسبة الى العادل الكثير النسيان ونحـوه ، فالمعيار أن يكون تضييعاً وخيانة أولا ، بل كذلك الحال فيما أوصى الى عادل غير كثير النسيان لكنـه لا يتمكن من التنفيذ لضعفه أو لاستيلاء الاعداء عليه أو ما أشبه ذلك .

ولذا علل الحكم في مفتاح الكرامة بأن الوصية الى الفاسق تزيد في التضييع لانه مع السلطان عليها أقرب الى الخيانة .

ومنه يعلم لزوم تغيير الوصية اذا أوصى الى عادل قوي ثم انقلب الى فاسق مستهتر أو ضعيف أو ما أشبه ذلك ،كما انـه لو أوصى الـى الفاسق والضعيف فانقلبا الى عادل قوي كفى ، اذ الوصية من باب الامانة ، فكلما تحققت صحت.

كما يعلم انه اذا لم يكف الواحد لزم الوصية الى اثنين متعاونين أو لكل بعض الوديعة ،كما انه اذا أضر الاثنان بالتنازع ونحوه لزم الوصية الى واحد .

(الثاني والاربعون) لو اودع عنده النقود الورقية فتغيرت الحكومة بما أوجب سقوط مالية الورق وجب عليه تبديلها والا كان ضامناً لانه خيانة وخلاف الحفظ والامانة ، نعم ان صرح بعدم التبديل لم يكن عليه شيء وربما يريد بقائها لتكون في المستقبل ذات قيمة لانها ستكون من الاثار العتيقة ، وكذا حال ما اذا قلّت قيمة الاوراق قلة كبيرة ونحوها كما يقع مثل ذلك في حالة الحرب ونحوها .

(الثالث والاربعون) لوأودع عنده البضاعة فأخذت في التنزل فان كان الارتكاز على التبديل بدل والا لم يهم ذلك .

(الرابع والاربعون) لو أودع عنده البضاعة في محل التنزل فنقلها الى محل التضخم لم يكن به بأس اذا كان الارتكاز على ذالك ، أما العكس فلا لان الارتكاز على الخلاف ، وعلى أي حال فالمعيار على الارتكاز .

(الخامس والاربعون) لوكان الظالم يأخذ بضاعة خاصة دون غيرها ودون النقد وكانت الوديعة من تلك البضاعة الخاصة فالظاهر انه يلزم عليه تبديلها الى النقد لانه الارتكاز الغالب لا الى بضاعة أخرى .

(السادس والاربعون) لو أودع الكافر عند مثله مثل الخمر والخنزير فأسلم المستودع وجب عليه ردها الى المالك ، اذ عدم صحة التملك عنده لا يوجب سقوط حكم الوديعة ، وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في [كتاب الرهن] وكذا اذا أودع المخالف لمخالف مثله نبيذاً أوماأشبه فاستبصر المستودع، أمااذا استبصر في المسألتين المودع فالظاهر سقوط الوديعة عن المالية فلا يجب عليه الرد فتأمل .

(السابع والاربعون) لوأودع عنده طنبوراً أو صليباً أوماأشبه فالظاهر وجوب كسره أو تفكيكه ورد الاجزاء للمودع جمعاً بين الدليلين .

(الثامن والاربعون) لو تمكن من أخذ الحوالة وحمل النقد ، فان كان الطريق أمناً لم يضمن والاضمن اذا لم يأخذ الحوالة وحمل النقد لانه خلاف العمل بمقتضى الامانة .

(التاسع والاربعون) لايخفى ان اليد في الشرع على قسمين يد قهر وعدوان ويدُ أمانة واستئمان ، فيد القهر كيد الغاصب الظالم الاثم ، ويد الاستئمان على قسمين : أمانة مالكية فيما اذا فوض المالك أو نحوه كوكيله ووليه ووصيه وما

أشبه، وأمانة شرعية وهي الشيء الذي يقع في يد الانسان بدون استئمان المالك ومن قام مقامه .

وقد عرف الامانة الشرعية الروضة والكفاية وغيرهما بأنها ما أذن في الاستيلاء عليها شرعاً ولم يأذن فيها المالك ، ثم ان الامانة الشرعية قد تكون مع كره المالك وقد تكون بدونه ، فالاول كما اذا أمره الشارع بأخذ المال من يده لانه يريد فعل المنكر به كما تقدم في بعض الفروع السابقة أمثلة له فيأخذه منه من باب النهي عن المنكر ، وحينئذ تكون أمانة بيده والثاني واضح .

وعن المهذب البارع وايضاح النافع ان الامانة على قسمين : خاصة وعامة فالخاصة كل عين حصلت في يد غير مالكها باذنه أو بغير اذنه ثم أخبر ولم يطلبها أو أقره الشارع على امساكها كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة والعين المرهونة والمستأجرة والموكل عليها والعين التي هو وصي عليها ويدخل فيها العين المقبوضة بالسوم .

قال في محكى المهذب : ما معناه انه زيد ما أقره الشارع على امساكها ليدخل فيه الوديعة بعد موت المودع المشغول بحجة الاسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث فان الشارع جعل له ولاية الاستيجار للحج فهي في يده الى وقت الاستيجار غير مضمونة وليدخل فيه أيضاً اللقطة فانها في يد الملتقط لا باذن المالك .

بل الشارع أقر يده عليها للاحتفاظ وفسره مفتاح الكرامة بأن مراده ان هاتين تدخلان في تعريف الامانة الشرعية ، وقضيتها أن لاتقر يدهما عليهما فوجب أن يزاد ذلك لادخالهما في الخاصة لامكان التوافق في الحكم قالا : وأما العامة فهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدي

كالثوب يطيره الريح الى دار انسان وكالوديعة اذا مات مالكها ولم يعلم الوارث، وكالعين المأمور بدفعها الى غيره والمال الموصى بتفريقه أو بدفعه الى من لايعلم، ولو كان الموصى له معيناً وعلم به كان أمانة خاصة .

ثم ان حكم الامانة الخاصة انه لايجب دفعها الا مع الطلب أو انتهاء المدة فلو تلفت قبله لم يضمن ، وحكم الامانة العامة وجوب الدفع على الفور العرفي على ما تقدم في بعض المسائل السابقة ، ويشتركان في الضمان مع التعدي والتفريط ، وقد اختلفوا في العين المستأجرة بعد انقضاء المدة ، فقد عد أبوعلي والشيخ في المبسوط والمقداد على المحكى عنهم كونها من الامانة الشرعية ، لكن الاكثرون على خلاف ذلك وانها من الامانة المالكية .

ومقتضى القاعدة التفصيل بين الارتكاز من المالك فمن الثاني ، وعدم الارتكاز فمن الاول، ويدخل في الامانة الشرعية ما ينتزع من الغاصب أو السارق حسبة دون ما يستودعه اياه عند المشهور ، فانه عندهم لقطة في وجوب التعريف والتصدق كما تقدم الكلام في ذلك .

كما ان المال المجهول المالك من الامانات الشرعية التي يجب ردها الى مالكها أو التصدق بها وهو ما يحصل في يد الانسان من مالكه أو ما يقوم مقامه ثم يجهله ، أو يكون مجهول المالك من أول الامر ،كما اذا كان الانسان مع انسان في فندق أو خان أو قافلة أو نحو ذلك ثم ذهب وبقى متاعه عند هذا الانسان من باب الغفلة أو الخطاء أو مطاردة الظالم ذلك الانسان المالك أو ما أشبه ذلك على ما ذكرنا تفصيله في [كتاب اللقطة] .

قال في مفتاح الكرامة : ومن الامانة الشرعية ومجهول المالك ما يقع الاشتباه فيه من النعال في الزيارات والحمامات ويشبهه ما يؤخذ من الحاكم الظالم

مما علم انه حرام ولايعلم صاحبه مما لايجدى تعريفه لان الانسان لايتمكن من الوصول الى مالكه أو من قام مقامه ، وفي خبر يونس قال عليه السلام :كيف تعرفه ولم تعرف بلده ؟ (١)

كما ان من الامانة الشرعية العامة اللقطة مع ظهور المالك قبل ايصالها اليه ايصالا حسب الموازين والهدايا والكتب المرسلة، والمراد الهدايا التي لايعرف أصحابها مثل الظروف التي ترسل الى الانسان وفيها الطعام ، وكذلك الكتب المرسلة الىالانسان ويراد جوابها عليها ولايعرف مالكها ، ومنها الصيد المنتزع من المحرم أو محل أخذه من محرم ، فانه يجب رده فوراً عرفياً الى الحرم ، وكذلك تخليص الصيد من الجارح ليداويه ومن الشبكة في الحرم .

ومنها أيضاً ما لو ظفر المقاص بغير جنس حقه فهو أمانة شرعية حتى يباع أو يأخذه بدلا من جنسه لانه يجوز في التقاص كلا الامرين وما يؤخذ من الصبي والمجنون من مال الغير وماكسبه من قمار ومايؤخذ من مالهما وديعة عند خوف تلفه بأيديهما من باب الاحسان ، سواء كان الاخذ واجباً أو مستحباً ، وكذلك ما يتسلمه منهما نسياناً ، وكذلك حال ما يأخذه من حيوان .

وما بطل من الامانة المالكية بموت المالك أو جنونه أو موت المؤتمن أو جنونه ، وما اذا عزل المستودع نفسه مع علم المودع وبدونه أو سفه على ما تقدم في بعض الفروع السابقة كلها تصبح أمانة شرعية ، ثم ان الامانة الشرعية يجب دفعها الى مالكها فوراً عرفياً ان علم به ، والافالى من قام مقامه من الفقراء أو الحاكم وذلك لدليل على اليد ونحوه (٢) ، ولايجوز له تركه في العراء ونحوها

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٥٧ الباب ٧ من كتاب اللقطة ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب الوديعة ح ١ .

لانه من الخيانة والتضييع وخلاف دليل اليد .

ومما تقدم من معيار الارتكاز ظهر ان ما قبض بالعقد الفاسد من بيع وصلح ونحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحيحها ان كان الارتكاز يكون أمانة مالكية ، والا يكون أمانة شرعية ، ومثل ذلك ما لو بطلت الشركة أو المضاربة أو الوديعة أو العارية أو المزارعة أو المساقاة أو نحو ذلك ، ومثل المقبوض بالعقد الفاسد ما لو اشترى المغصوب من الغاصب جاهلا بالغصب أو ناسياً له أو نحو ذلك .

وكذلك حال ما لو دفع اليه المستودع ثوب نفسه بظن انه ثوب المودع واذا دفع المستأجر شيء نفسه الى الموجر بزعم انه شيء الموجر ، ثم الرد في الامانة المالكية حسب الارتكاز ، أما في الامانة الشرعية فاللازم أما الرد فوراً عرفياً أو الاعلام لان الشارع لم يأذن الا بقدر، والمفروض عدم اذن المالك وانما يقوم الاعلام مقام الرد لانه يخرجه عن الخيانة ونحوها ، فاذا أعلم وطلبه مالكه أعطاه .

ثم ان الامانة الشرعية حالها حال الامانة المالكية يلزم ايصالها الى المالك حسب ارتكاز المالك في رضاه البقاء عنده أو ردها فوراً عرفياً ، فان علم بالاول فله التأخير والالزم الرد فوراً لان البقاء بدون رضا المالك ، سواء علم أولم يعلم المالك غصب ، وخلاف دليل السلطنة وغيرهما .

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامة عن جماعة من الفقهاء قال : انه قيد ذلك في المهذب وايضاح النافع بعدم علم المالك وقضيته انه اذا علم لايجب عليه نقله وهو قضية الكتاب فيما يأتي والسرائر والحواشي وجامع المقاصد ومجمع

البرهان ، وبه صرح في التذكرة في مقام آخر ، بل هذا المقام من لوازم المقام الثاني .

لكن قال في المسالك : انه لافرق عندنابين علم المالك بأنها عنده وعدمه.

واذا لم يعلم المالك بوجودهاعنده لزم أماالرد فوراً أوالاعلام فيما اذااحتمل ارتكاز المالك بجواز بقائه عنده ، وان لم يحتمل لزم الرد فوراً ، فان الاعلام لا خصوصية له .

وقد استجود المقدس الاردبيلي في محكى كلامه قولهم بوجوب الاعلام في الامانة الشرعية وقال : ان القول بوجوب الرد بل بجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل لانه تسليط الغير على مال الغير بغير اذن ، فيمكن القول بالضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير، وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف ، بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه) .

لكن الارسال بسبب الثقة أوغير الثقة مسألة أخرى كما هو واضح ، وما في مفتاح الكرامة من ان فحوى الحال يقتضي بأن المالك يرضى بالبعث مع كل من كان ، ولهذاكان متداولا بين المسلمين في العواري والودائع ولايلزمون ردها مع خصوص الثقة أومع من أرسله معه الدافع ، غير ظاهر فأية سيرة في الارسال مع غير الثقة .

(الخمسون) في بعض الروايات الدالة على كراهة ائتمان شارب الخمر وأبضاعه بل كل سفيه وفاعل محرم اذا استفيد الملاك من هذه الروايات كما يكره استئمان غير الأمين .

فعن حريز قال: كانت لاسماعيل بن أبي عبدالله عليه السلام دنانير و أراد رجل من قريش أن يخرج الى اليمن فقال اسماعيل : يا أبة ان فلاناً يريد الخروج الى

اليمن وعندي كذا وكذا دينار أفترى أن أدفعها اليه يبتاع لي بها بضاعة من اليمن ، فقال أبوعبدالله عليه السلام : يابني اما بلغك انه يشرب الخمر ، فقال اسماعيل : هكذا يقول الناس ، فقال : يابني لاتفعل ،فعصى اسماعيل أباه ودفع اليه دنانيره فاستهلكها ولم يأته بشيء منها .

فخرج اسماعيل وقضى ان أبـا عبدالله عليه السلام حج وحج اسماعيل تلك السنة فجعل يطوف بالبيت ويقول : اللهم أجرني واخلف عليّ ، فلحقه أبو عبدالله عليه السلام فهمزه بيده من خلفه وقال له : يا بني فلا والله مالك على الله هذا ولا لك أن يأجرك ولا يخلف عليك وقد بلغك انه يشرب الخمر فائتمنته ، فقال اسماعيل : يا أبة اني لم أره يشرب الخمر انما سمعت الناس يقولون ، فقال : يا بني ان الله عزوجل يقول في كتابه : ﴿ يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين ﴾ يقول يصدق الله ويصدق للمؤمنين فاذا شهد عندك المؤمنون فصدقهم .

ولا تأتمن شارب الخمر ان الله عزوجل يقول في كتابه : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ وأي سفيه أسفه من شارب الخمر ان شارب الخمر لايزوج اذا خطب ولا يشفع اذا شفع ولا يؤتمن على أمانة، فمن ائتمنه على أمانة فاستهلكها لـم يكن للذي ائتمنه على الله أن يأجره ولا يخلف عليه .(١)

وعن أبي الجارود قال : قال أبوجعفر عليه السلام: اذا حدثتكم بشيء فاسألوني عن كتاب الله ، ثم قال في حديثه : ان الله نهى عن القيل والقال وفساد المال و كثرة السؤال ، فقالوا : يابن رسول الله واين هذا من كتاب الله ؟ فقال : ان الله عزوجل يقول في كتابه : ﴿ لاخير في كثير من نجواهم ﴾ الاية ، وقال ﴿ ولا تؤتوا السفهاء

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٠ الباب ٦ من الوديعة ح ١ .

أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ و قال : ﴿ لاتسألوا عن أشياءِ ان تبدلكم تسؤكم ﴾[١].

وعن أبي الربيع ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال النبي صلى الله عليه وآله : من ائتمن شارب الخمر على أمانة بعد علمه فليس له على الله ضمان ولا أجر له ولاخلف[٢].

وعن مسعدة بن زياد قال : سمعت أباالحسن موسى عليه السلام يقول لابيه : ياأبة ان فلاناً يريد اليمن أفلا ازوده بمال ليشتري لي بها عصب اليمن ، فقال : يابني لاتفعل ، فقال : ولم ؟ قال : لانها ان ذهبت لم تؤجر عليها ولم تخلف عليك لان الله عزوجل يقول :﴿ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل‌الله لكم قياماً ﴾ وأي سفيه أسفه بعدالنساءِ من شارب الخمر[٣].

يا بني ان أبي حدثني، عن آبائه عليهم السلام ، عن رسول‌الله صلى الله عليه وآله قال : من ائتمن غير أمين فليس له على‌الله ضمان لانه قدنهاه الله عزوجل أن يأتمنه[٤].

وعن الراوندي روايته نحوه الأأنه قال في أوله : من ائتمن شارب الخمر فليس له على‌الله ضمان .

وعن زيد النرسي في أصله قال : سمعت أباالحسن موسى عليه السلام يقول : قال أبي جعفر عليه السلام : يا بني ان من ائتمن شارب خمر على أمانة فلم يؤدها اليه لم‌يكن له على‌الله ضمان ولاأجر ولاخلف ، ثم ان ذهب فيدعوالله عليه لم يستجب الله دعائه[٥].

وعن حماد ، عن أبي عبدالله عليه السلام فيمن شرب الخمر بعد ان حرمها الله على

---

(١) و (٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٠ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح ١ و ٢ و ٣ .
(٣) و (٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣١ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح ٤ و ٥ .
(٥) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ١ .

لسان نبيه ﷺ ليس بأهل أن يزوج اذا خطب وأن يصدق اذا حدث ولايشفع اذا شفع ولا يؤتمن على أمانة ، فمن ائتمنه على أمانة فأهلكها أوضيعها فليس للذي ائتمنه أن يأجره الله ولايخلف عليه .

قال أبوعبدالله عليه السلام : اني أردت أن أستبضع بضاعة الى اليمن فأتيت أبا جعفر عليه السلام فقلت : اني أردت أن أستبضع فلاناً ، فقال لي : أما علمت انه يشرب الخمر ، فقلت : قد بلغني عن المؤمنين انهم يقولون ذلك، فقال : صدقهم فان الله عزوجل يقول : ﴿ يؤمن بالله ويؤمن للمؤمنين ﴾ .

ثم قال : انك ان استبضعته فهلكت أوضاعت فليس على الله أن يأجرك ولايخلف عليك ، فقلت : ولم ؟ قال : لان الله تعالى يقول : ﴿ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً ﴾ وهل سفيه أسفه من شارب الخمر، ان العبد لايزال في فسحة من ربه مالم يشرب الخمر فاذا شربها خرق الله عليه سرباله فكان ولده وأخوه وسمعه وبصره ويده ورجله ابليس يسوقه الى كل شر ويصرفه عن كل خير[١] .

وعن يونس بن يعقوب قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن قول الله : ﴿ ولاتؤتوا السفهاء أموالكم ﴾؟ قال : من لايثق به[٢] .

وعن ابراهيم بن عبدالحميد قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن هذه الاية ﴿ولا تؤتوا السفهاء أموالكم﴾ ؟ قال : كل من يشرب المسكر فهوسفيه[٣] .

وعن دعائم الاسلام ، عن الحسن بن علي عليهما السلام انه كتب الى معاوية كتاباً يقرعه فيه ويبكته بامور صنع كان فيه : ثم وليت ابنك وهوغلام كان يشرب الشراب ويلهو بالكلاب فخنت أمانتك وأخربت رعيتك ولم تؤدنصيحة ربك فكيف تولى

---

(١) و(٢) و(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من الوديعة ح (٢ - ٣ - ٤) .

على أمة محمد ﷺ من يشرب المسكر وشارب الخمر المسكر من المنافقين و الفاسقين و شارب المسكر من الاشرار ليس بأمين على درهم فكيف على الامة.[١]

وعن الرضوي عليه السلام : و اياك أن تزوج شارب الخمر (الى أن قال) : ولا تأمنه على شيء من مالك فان ائتمنته فليس لك على الله ضمان.[٢]

وعن علي بن ابراهيم في تفسيره ، عن أبي الجارود ، عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى : ﴿ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم ﴾ فالسفهاء النساء والولد اذا علم الرجل ان امرأته سفيهة مفسدة وولده سفيه مفسد لم ينبغ له أن يسلط أحداً منهما على ماله الذي جعل الله له قياماً يقول له معاشاً.[٣]

وعن أبي حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : من عرف من عبد من عبيد الله كذباً اذا حدث وخلفاً اذا وعد وخيانة اذا ائتمن ثم ائتمنه على أمانة كان حقاً على الله أن يبتليه فيها ثم لا يخلف عليه ولا يأجر.[٤]

وعن الامدي في الغرر ، عن أمير المؤمنين عليه السلام انه قال : ثلاثة مهلكة: الجرأة على السلطان وائتمان الخوان وشرب السم.[٥]

وقال عليه السلام : من علامات الخذلان ائتمان الخوان.[٦]

وعنه عليه السلام أيضاً انه قال : أد الامانة اذا ائتمنت ولا تتهم غيرك اذا ائتمنته فانه لا ايمان لمن لا أمانة له.[٧]

---

(١) و(٢) و(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٥ من كتاب الوديعة ح ٢ و٣ و٤ و٥ و٦ و٧ .

(٤) و(٥) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٦ من كتاب الوديعة ح ٢ و٣ .

(٦) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٧ من كتاب الوديعة ح ١ .

(٧) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من الوديعة ح ٧ .

ثم الظاهر انه يستحب ختم الشيء بخاتم العقيق اذا اريد حفظه .

فعن زيد الزراد قال: سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : يا جارية اختمي على السفط بخاتمي العقيق فانه لايزال محفوظاً حتى تؤدى الينا وديعتنا[١] .

وننقل في تتمة الكلام رواية رواها ابن شهر آشوب وغيره بالنسبة الى الودائع التي كانت تودع عند رسول الله صلى الله عليه وآله وافترى عليه وكشف الافتراء علي عليه السلام بتفريق الشهود :

وهي ان عمير بن وائل الثقفي أمره حنظلة بن ابي سفيان أن يدعي على علي عليه السلام ثمانين مثقالا من الذهب وديعة عند محمد صلى الله عليه وآله وانه هرب من مكة وأنت وكيله ، فان طلب بينة من الشهود فنحن معشر قريش نشهد عليه وأعطوه على ذلك مائة مثقال من الذهب منها قلادة عشرة مثاقيل لهند .

فجاء وادعى على علي عليه السلام فاعتبر الودائع كلها ورأى عليها اسامي أصحابها ولم يكن لما ذكره عمير خبر فنصح له نصحاً كثيراً فقال : ان لي من يشهد بذلك وهو أبوجهل وعكرمة وعتبة بن أبي معيط وابوسفيان وحنظلة ، فقال عليه السلام : مكيدة تعود على من دبرها ثم أمر الشهود أن يقعدوا في الكعبة .

ثم قال لعمير: يا أخا ثقيف اخبرني الان حين دفعت وديعتك هذه الى رسول الله صلى الله عليه وآله أي الاوقات كان ، قال : ضحوة نهار فأخذها بيده ودفعها الى عبده ، ثم استدعى بأبي جهل فسأله عن ذلك قال : ما يلزمني ذلك ، ثم استدعى بأبي سفيان وسأله فقال : دفعها عند غروب الشمس وأخذها من يده وتركها في كمه، ثم استدعى حنظلة فسأله عن ذلك فقال: كان وقت وقوف الشمس في كبد السماء

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٨ من كتاب الوديعة ح ٧ و ٦ .

وتركها بين يديه الى وقت انصرافه ، ثم استدعى بعقبة وسأله عن ذلك فقال : تسلمها بيده وأنفذها في الحال الى داره وكان وقت العصر ، ثم استدعى بعكرمة وسأله عن ذلك فقال : كان بزوغ الشمس أخذها فأنفذها من ساعته الى بيت فاطمة عليها السلام .

ثم أقبل على عمير وقال له : أراك قد اصفر لونك وتغيرت أحوالك ، قال: أقول الحق ولايفلح غادر ، وبيت الله ماكان لي عند محمد صلى الله عليه وآله وديعة وانهما حملاني على ذلك وهذه دنانير وعقد هند عليها اسمها مكتوب[1] .

ويستفاد من هذه الرواية عدة أحكام شرعية :

الاول : صحة تقبل المسلم وديعة الكافر .

الثاني : قبول شهادة الكافر على المسلم فيما اذا أودع عنده والا فلا يمكن أن يقال للكافر أئت بالمسلمين يشهدون لك فيما اذا لم يكن المسلمون متوفرين.

الثالث : جواز وجود الشهود الاكثر من اثنين .

الرابع : ان الاختلاف بين الشهود يسقط شهادتهم .

الخامس : صحة القضاء والاستشهاد في المسجد .

السادس : استحباب نصح المدعى زوراً .

السابع : ان الشاهد اذا لم يجب بالتفصيل كان له الحق في ذلك اذا لم يكن أمرأهم .

الثامن : الوكيل كالاصيل في سماع دعوى المدعى ، والاكان للامام عليه الصلاة والسلام أن يقول ان الرسول صلى الله عليه وآله لم يودع عنده وكفى بذلك رداً لهم.

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ٢٠٢ الباب ١٥ من أبواب كيفية الحكم والدعوى ح ١ .

التاسع : حق القاضي في تصديق الشهود واستبراء شهاداتهم .

العاشر : التوكيل في جعل الودائع الى غير المستودع اذا كان ارتكاز من المودع لجواز ذلك أو اضطرار من المستودع .

الحادي عشر :كتابة الاسامي على الودائع .

الثاني عشر : لزوم تحمل الرد اذا شهد الشهود وان لم يـر الوكيل الوديعة في الودائع .

وهـذا آخر مـا أردنا ايراده فـي هـذا الكتاب ، والله الموفـق والمستعان ، سبحان ربك رب العزة عما يصفون وسلام على المرسلين والحمدلله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

تم في اليوم الثامن من شهر محرم الحرام من سنة ألف وأربعمائة وثمانية في قم المقدسة .

محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى

كِتَابُ العَارِيَةِ

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب العارية

والاغلب أن تكون على اسلوب الشرائع .

قال في المسالك: هي بتشديد الياء كأنها منسوبة الى العار ، لان طلبها عار وعيب ذكره الجوهري وابن الاثير في نهايته ، وقيل : منسوبة الى العارة وهي مصدر من قولك : اعرته اعارة كما قال : أجاب يجيب اجابة واطاق اطاقة وطاقة، وقيل : مأخوذة من عار يعير اذا جاء وذهب ومنه قيل للبطّال عيار لتردّده في بطالته فسميت عارية لتحولها من يد الى يد، وقيل: مأخوذة من التعاور والاعتوار وهو أن يتداول القوم الشيء بينهم ، وقال الخطائي في غريبه : ان اللغة الغالبة العارية بالتشديد وقد تخفف ـ انتهى .

والظاهر انه يصح أن يكون ناقصاً يائياً أو واوياً نحو سقا وساقية وسواقي وغزى وغازية وغوازى ، كما انه يصح أن يكون اجوفاً واوياً من عورة أو يائياً من عيرة ، ولا شك باختلاف المعاني بسبب اختلاف الاصول، ولذا فالاحتمالات في الكلمة أكثر مما ذكره المسالك وتبعه الجواهر ، والتاء باعتبار انّها صفة محذوف أي العين العارية ، فحالها حال تاء وثيقة، والمشدد باعتبار النسبة ، أما المخفف فالياء أصلي على وزن الغازي ، لكن مزيده كأعار يعير ومعير ومعار يدل على انه أجوف لا ناقص والا صار اعرى كأرمى يعرى كيرمى من باب الافعال

فتأمل، ويجمع على عوارى.

قال الشاعر :

انّما الدنيـا عوارى والعـواري مستـردة

شـدة بعـد رخـاء ورخاء بعـد شـدة

ثم انه يستحب اعارة المؤمن، فقد روي الغوالي عن ابن‌مسعود، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : ان الماعون المذكور فى الاية الكريمة هو العواري من الدلو والقدر والميزان (١).

وعن جابـر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : مامن صاحب ابل لايفعل حقهـا فيها الا جائت يوم القيامة أكبر ما كانت بقاع قرقر وتشد عليه بقوائمهـا واخفافها ، قال رجل : يارسول الله ماحق الابل ؟ قال: حلـها على الماء واعارة ولدها واعارة فحلـها (٢).

أقول: اعارة الولد لاجل الدر، واعارة الفحل لاجل النزو .

وعن دعائم الاسلام، عن أبي عبدالله عليه السلام، انه قال: القرض والعارية وقرى الضيف من السنة (٣).

وعن الحسن بن علي بن شعبـة في تحف العقول، عن الصادق عليه السلام انـه قال فى حديث: وأما الوجوه الاربعة التي يلـزم فيها النصفة من وجوه اصطناع المعروف فقضاء الدين والعارية والقرض واقراء الضيف واجبات فى السنة (٤).

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح ٢ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح ٣ .
(٣) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح ٤ .
(٤) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٢ من أبواب كتاب العارية ح ٥ .

قال في الشرائع: وهي عقد .

أقول: وانما كان عقداً، لان العرف يرونه كذلك وهو ميزان العقد، كما انه هو ميزان الايقاع أيضاً، فلو كان العرف يرون ان الطلاق لا يتحقق الا برضى الطرفين كالنكاح كان عقداً كماهو متعارف الان فى بعض البلاد الكافرة، حيث لا يجعلون الطلاق الا بعد رضى الطرفين، كما ان العرف لو كان يرى الهبة ايقاعاً يملك الموهوب له الموهوب بدون رضاه وقبوله كمايملك الانسان الارث بدون رضاه وقبوله لكانت ايقاعاً .

والفرق بين اباحة المنفعة ، حيث لايحتاج الى القبول والعارية، باعتبار العقلاء للعارية عقداً دون الاباحة، فالثمرة وان كانت واحدة الا ان الاعتبار اثنان وكمافي عالم الحقائق يمكن ترتب ثمرة واحدة لموجودين حيث بينهما جامع كذلك فى عالم الاعتبار، وانما اعتبرنا الجامع لماذكروه من عدم صدور الواحد الا عن واحد ، وان كان هذه القاعدة لاتأتي فى الامور الاعتبارية لانها خفيفة المؤنة فان الدليل الذي ذكروه للقاعدة من انه (والالزم صدور كل شي من كل شيء) غير آت فى الامور الاعتبارية، وان كانت جارية فى الامور الانتزاعيه أيضاً لمالها نوع من الحقيقة .

ومما ذكر يظهر وجه النظر فى قول المسالك حيث قال عند قول الشرائع وهي عقد ثمرته كذا، العقد اسم للايجاب والقبول، وتعليق الثمرة عليه يقتضي ان للقبول مدخلا فيها مع ان التبرع بالمنفعة انما يتحقق بالايجاب خاصة، لان المتبرع انما هو باذل العين لا المنتفع بها، ويمكن الجواب بأن القبول لماكان شرطاً فى صحة العارية لم يتحقق الثمرة بدونه ، وان بذلها المعير فانه لوتبرع بالعين وأوقع الايجاب فرده الاخر لم يحصل الثمرة، وان حصل التبرع بالمنفعة

فالمترتّب على العقد هو التبرّع على وجه يثمـر وذلك لا يتم بدون القبول انتهى .

اذ قد عرفت ان الفارق هو الاعتبار لاماذكره، وكأن الجواهرأراد الاشارة الىما ذكرناه ، وان لمتكن العبارة وافية، فانه قال:هي عقد يعتبر فيه انشاء الربط بين الايجاب والقبول لاايقاع يكفيفيهالأذن فى الانتفاع منالمالك،اذهو حينئذ منالاباحة التي منها الانتفاع بظرفالهدايا بالاكل ونحوه مماجرت السيرةبه ، وانتفاع الضيف فى الدار والفرش والاواني ونحوها لاالعارية المزبورة، اللهم الا أن يقصد ذلك لضيف مخصوص ويقبله قولا أو فعلا بهذا العنوان .

نعم ذكر الجواهر بعد ذلك ماهو أصرح حيث قال: ان التحقيق فى الفرق بين كثير من أفراد مفاهيـم المعاملات بالقصد الذي هو المشخص فى اندراج الفرد فىمفهومه نحو تشخيصه الفعل المشترك، اذليس فرق فى العقد بينالصلح عن العين الجامعة لشرائط البيع مثلا، وبين بيعها بالنسبة الى انشاء قصد النقل بعوض معلوم فى كل منهما الا بقصد الصلحية أو البيعية المدلول عليهما بذكر الصيغة أو غيره من القرائن، وكذا بالنسبة الى الفرق بين الصلح علـى المنفعة التي تتعلق بها الاجارة وبين عقد الاجارة، وكذا مانحن فيه .

ومـمّا تقدم ظهر وجه النظر فى كلام المسالك فى جوابـه عن اشكال نقض طرد التعريف بالسكنـى والعمرى والحبس والوصيـة بالمنفعة قال : فى وجه الاشكال فان هذهكلها عقود تثمر التبرع بالمنفعة واجيب بانها فى معنى العارية وانكانت لازمـة وغايته انقسام العاريـة الى جائزة ولازمة كالاعارة للرهن وفيه نظر، لان هذه العقود فى الاصطلاح متباينـة مختلفـة اللوازم والصيغ، فادخال بعضها فى بعض بمجرد المشاركة فى بعض الخواص اصطلاح مردود .

ولو اضيف الى ذلك قيد الجواز فقيل ثمرته التبرع بالمنفعة مع بقاء الجواز ونحوه خرجت هذه العقود وبقيت السكنى المطلقة ، فانه يجوز الرجوع فيها متى شاء المسكن كماسيأتي، وقد يلتزم فيها بأنها عارية لتحقق المعنى فيها مطلقاً ولايقدح الصيغة لان العارية لايختص بلفظ، بل كل مادل على تسويغ الانتفاع بالعين تبرعاً .

والسكنى المطلقة يقتضي ذلك، ولكن تبقى العارية اللازمة خارجة فيحتاج ادخالها الى قيد آخر ، والتزام جواز الرجوع فيها بالنسبة الى المستعير، وان لم يؤثر بالنسبة الى المرتهن ، وتظهر الفائدة فى وجوب السعي على الراهن فى تخليصها بماأمكن ووجوب المبادرة الى ردها عند الفك على الفور بالمطالبة السابقة، ولوقلنا انه لا أثر لها وانها لازمة من طرفه مطلقاً انتفت هذه اللوازم ، والاول ليس ببعيد من الصواب، اذ لادليل على لزومها بهذا المعنى ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان الفارق هو الاعتبار لاسائر الامور حتى لو ان النتيجة كانت واحدة لم يضر ذلك باختلاف الاعتبار والاعتبار فى عالمه يمكن أن يكون لفردين منه أثر واحد، كمايمكن أن يكون لوجودين فى عالم الوجود، أثر واحد، مع ماعرفت من الفارق بأن فى الوجودين يجب وجود الجامع بينما وليس كذلك في عالم الاعتبار .

أمّا جواب الجواهر عن المسالك بقوله : قد ذكرنا غير مرة ان أكثر التعاريف للاصحاب في أكثر المعاملات يشبه التعاريف اللغوية التي يراد منها التمييز في الجملة لاتمام الاطراد والانعكاس فمن الغريب نقض طرد تعريف المصنف هنا بالسكنى والعمرى والحبس والوصية بالمنفعة، وأغرب منه التزام الجواز فى ذلك وانها فى معنى العارية وان كانت لازمة ، وغايته انقسام العارية الى

جائزة ولازمة كالاعارة للرهن ضرورة كون هذه العقود في الاصطلاح متباينة مختلفة اللوازم والصيغ، فادخال بعضها في بعض بمجرد المشاركة في بعض الخواص اصطلاح مردود ـ انتهى .

فقد عرفت ضعفه ، اذ ليس الكلام في التعريف ، وانما الكلام في الحقيقة، بالاضافة الى ان نقض بعضهم لبعض في التعاريف ورد بعضهم النقض عن بعض يدل على انهم يريدون تعريف الجامع المانع .

وأما قوله السابق الذي أشرنا اليه حيث قال: التحقيق في الفرق بين كثير من أفراد مفاهيم المعاملات بالقصد الخ ، فهو خروج عن الجواب ، الى غير موقعه، لان الامر في الفرق والقصد تابع للفرق يعني يلزم أن يكون هناك مفهومان حتى يقصد هذا مرة ويقصد هذا مرة، فالفارق الاعتبار لاالقصد ، وان كان القصد تابعاً للاعتبار ، اذ في المقام ثلاثة امور : مفهوم وقصد واثبات في الخارج ، فالمراد بالمفهوم الاعتبار العقلائي ، والمفهوم صفة منتزعة من الامر الاعتباري .

وعلى أي حال فمما تقدم ظهر الفرق بين العارية وبين القرض وبينها وبين الوديعة المأذون التصرف فيها .

أما مسألة الجواز واللزوم المذكور في كلام المسالك ، فلايخفى انهما أمران خارجان لاربط لهما بحقيقة الاعتبار، ولذا قال الجواهر: والجواز واللزوم انما هما أمران خارجان والتحقيق ان بنائها على الجواز الذي لاينافيه عروض اللزوم من جهة اخرى كتعلق حق الغير ونحوه ،كما لاينافي لزوم البيع الجواز لـه بسبب من أسباب الخيار ، وقد تبع الجواهر في ذلـك الشيخ في المكاسب في جعله الجواز واللزوم أمراً خارجاً عن حقيقة المهية .

ثم ان الظاهـر ان العارية كسائر العقود تقع بـالايجاب والقبول اللفظيين

والعمليين، أو كون أحدهما لفظياً والاخر عملياً ، لان كل ذلك يسمى بالعقد فلو قال انسان : أيها الناس اعيركم كلما تريدون من أثاثي وجلس في محله فجائه انسان وآخر وثالث وهكذا يأخذون منه أشياء بعنوان العارية وهو يعطيها اياهم كان عارية عرفاً ،كما اذا كان هناك لفظ منهما ، أو كان لفظ من أحدهما وفعل من الاخر .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر : هي على حسب ماسمعته في العقود اللازمة تقع بالايجاب والقبول اللفظيين ، وهما العقد بالمعنى الاخص ، وربما قيل منه أيضاً مـاذا كان القبول فعلياً ، وأما اذا كانا فعليين أو كان الايجاب فعلياً فهو مـن المعاطات ، بناءاً على مشروعيتها فيها بدعوى السيرة المستمرة بعنوان العارية ، وان كان الاقوى انها اباحة لابعوض كما سمعته مراراً .

وأمـا احتمال انها من العقد فلاينبغى أن يصغى اليه ، فمن الغريب دعوى بعضهم ان الانتفاع بظروف الهدايا من العارية لانه انتفاع بملك الغير باذنه، وان لـم يكن لفظ ، بل بشاهد الحال ضرورة عدم الاكتفاء بذلك فى تحقق العارية من دون انشاء قصدها من الطرفين وجواز الانتفاع بالاذن أعم منها كما هو واضح وخصوصاً مالوكان بطريق الفحوى القطعية أو بشاهد الحال ـ انتهى .

اذ لاوجـه لعدم جعلها عقداً اذا كان القصد منهما العاريـة ، فانه لافرق عند العرف بين اللفظ والكتابة والفعل .

نعم خرج مثل النكاح والطلاق بالدليل الخاص من اجماع ونحوه ، ولذا قال فى الرياض : يشترط فيها مايدل على الايجاب والقبول وان لم يكن لفظاً ، كما لو فرش لضيفه فراشاً فجلس عليه ، وكأكل الطعام من القصعة المبعوث فيها وفاقاً لجماعة لجريان العادة بمثله ، ومنهم من اشترط لفظاً كما فى نظائره وهـو

أوفق بالاصل الدال على حرمة التصرف فى مال الغير بغير القطع باذنه حيث لا يحصل من جهة العقد ، الا ان العادة فى نحو الامثلة المذكورة ربما أفاد القطع به ، ولاشبهة مع الافـادة ، ولادليل على اعتبار اللفظ فى هـذه الصورة بعد ان العارية من العقود الجائـزة ، ومع عدمها فمحل اشكال ، وان أفادت الظنة حيث لادليل على اعتبارها ، ويخصص الاصل بها فى نحو المسألة ـ انتهى .

نعم لااشكال فى انـه لايكفى الظن لانه يلزم القطع بـالظهور حتى يحكم بالمراد كما حقق فى الاصول ، فاللازم أن يكون هنالك لفظ أو كتابـة أو اشارة أو فعل قطعى الدلالة على العارية .

ولـذا قال فى الرياض : ينقدح وجـه القدح فيما حكى عن التذكـرة من الاكتفاء بحسن الظن بالصديق فى جواز الانتفاع بمتاعه ان لم يقيد بكون منفعته مما يتناوله الاذن الوارد فى الاية بجواز الاكل من بيته بمفهوم الموافقة ، ولا كذلك لو قيـد به لاستناد الرخصة فى المقيد حقيقة الى الاية لا الى نفس حسن المظنة ، ومنه يظهر وجـه تعدي الجواز الى الارحام الذين تناولتهم الايـة فى الصورة المذكورة ـ انتهى .

ولايخفى انه فى المقام خلط بين عالم الاثبات وعالم الثبوت ، فليس الكلام فى الظهور وعدم الظهور ، وانما الكلام فى ان العارية هل تحقق بالمعاطات أم لا ؟ والاذن الشرعى أو المالكى فى الانتفاع ليس معناه العارية ، ولـذا قال فى الجواهر: الاذن فى الانتفاع بأعيان الصديق المفهوم من فحوى الاذن شرعاً بالاكل من بيته مع التسليم ليس من العارية قطعاً ، وانما هـو من الاباحة الشرعية على حسب الحال فى غيره من البيوت التى قد تضمنتها الاية ، نعم قد يستفاد من ذلك التسامح فى عقد العارية التى ثمرته اباحة المنفعة التى اكتفى فيها بشاهد الحال

ونحوه ،كما اومىء اليه الفاضل فى التذكرة ـ انتهى .

وكيف كان ، فاذا جعل العارية في قبال العارية لم يكن بذلك بأس للعرفية، فيشمله الادلة بعد عدم الدليل على المنع فاشكال الجواهر فيه ، حيث قال : مما ذكرناه تعرف مافي جملة من كلام الاعلام حتى ماأورده بعضهم هنا على التعريف بأنه ينتقض باعرتك حماري مثلا لتعيرني فرسك، لعدم التبرع فيه ، اذ هو كماترى ضرورة انه اذا فرض ارادة العوضية فيه على وجه ينافي التبرع لم يكن عارية صحيحة والا فلاينافي التبرع ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، اذ أي مانع في ارادة العوضية بعد تحقق المفهوم عرفاً، فان وقوع العارية في مقابل العارية بمعنى الاعتبار في مقابل الاعتبار غير وقوع الانتفاع في مقابل الانتفاع أو الشيء في مقابل الشيء والمنافي للعارية هما الامران الاخيران ، لا الامر الال .

وقد ظهر مما تقدم عدم ورود الايرادات التي أوردها جامع المقاصد على عبارة القواعد ، حيث قال في القواعد : في عقد العارية انه كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً أو مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة فقال في جامع المقاصد : انه يرد عليه ايرادات :

الاول : ان قوله: ان ثمرته التبرع ان كان جزء التعريف انتقض في عكسه باعرتك حماري لتعيرني فرسك والا انتقض في طرده بالاجارة .

والثاني : انه ينتقض بالسكنى والرقبى والحبس والعمرى والوصية بالمنفعة.

والثالث: ان الثمرة المذكورة حاصلة بالايجاب لابمجموع الايجاب والقبول فلاتكون ثمرتهما معاً ، ثم قال : ويمكن الجواب عن الاول بكونه جزءاً، ولايرد ماذكر لان هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع، وانما جاء العوض من أمر زائد

على العقد وهو الشرط ، فانه عقد مع شرط ثم قال : واجيب عن الثاني بما لا يدفع ، والاولى ان يزاد في التعريف مع بقاء الجواز ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان العارية اعتبار خاص ، وبذلك لاينتقض بالنقوض المذكورة كما ان الثمرة المذكورة ليست حاصلة بالايجاب،بل بمجموع الايجاب والقبول.

وعلى أي حال ، فقد قال فـي الشرائع ويقع بكل لفظ يشتمل على الاذن في الانتفاع .

وقال في الجواهر في شرحه : بعنوان العارية مـن طرف الموجب ، ويدل على قبول ذلك من طرف القابل ، وأما معاطاتها فبغير ذلك الا فـي صورة فعلية القبول ولفظية الايجاب فقد عرفت احتمال كونها من العقد أيضاً .

أقول : ماذكره الشرائع هو مقتضى القاعدة واضافة الجواهر بعنوان العارية كما ذكره ،كما انه هو المنصرف من اطلاق الشرائع .

ثم انك قد عرفت مجيء المعاطات فيها أيضاً ، ولذا الذي ذكرناه قال في القواعد : ولايختص لفظاً ولايشترط القبول نطقاً ، لكن لايخفى ان في قوله : لا يشترط القبول نطقاًنوهم انه يشترط في الايجاب النطق ، بل في مفتاح الكرامة: انه ظاهر عبارات الاكثر ، ثم قال : تسمية ما خلا عن القول ايجاباً وقبولا عقداً مما لايصغى اليه ، لكنك قد عرفت مافيه ، وقد تقدمت عبارة التذكرة الدالة على ما اخترناه .

(مسألة ـ ١ ـ) قال فى الشرائع : وليس بلازم لاحد المتعاقدين .

وفى المسالك : كون العارية من العقود الجائزة لكل من المتعاقدين فسخه متى شاء موضع وفاق .

وفى الجواهر : بلا خلاف معتد به أجده ، بل لعل الاجماع بقسميه عليه من غير فرق بين الموقت وغيره ، خلافاً للمحكى عن ابن الجنيد من الحكم باللزوم من طرف المعير فى اعارة الارض القراح مدة للغرس أو البناء ، ولاريب في ضعفه ، لكن فى المسالك : يستثنى منه مواضع :

الاول : الاعارة للرهن بعد وقوعه .

الثاني : اعارة الارض لدفن ميت مسلم ومن بحكمه ، فانه لايصح الرجوع بعده لتحريم نبشه وهتك حرمته الى آن يندرس عظامه وهو موضع وفاق أيضاً نقله فى التذكرة ، أما لو رجع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت صح وكذا بعد وضعه وقبل مواراته على الاقوى .

قال فى التذكرة : ومؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت ، ويشكل فيما لو لم يمكنه الدفن الا كذلك ، اذ لاتقصير منه حينئذ ، فينبغي كونه من مال الميت ، ولايلزم ولي الميت الطم ، لان الحفر مأذون فيه .

الثالث : اذا حصل بالرجوع ضرر بالمستعير لايستدرك كما لو اعاره لوحاً يرقع به السفينة فرقعها به ثم لجج فى البحر ، فانه لايجوز للمعير هنا الرجوع ما دامت فى البحر لما فيه من الضرر بالغرق الموجب لذهاب المال أو تلف النفس ، ويحتمل جوازه ويثبت له المثل أو القيمة مع تعذر المثل لما فيه من الجمع بين المصلحتين ، أو يقال بجواز الرجوع ، وان لم يجب تعجيل التسليم اليه .

وتظهر الفائدة فـي وجوب المبادرة بالرد بعد زوال الضرر من غير مطَالبة جديدة كما تقدم في الاستعارة للرهن ، ولو لـم يدخل السفينة البحر أو خرجت جاز الرجوع قطعاً ، ولو كانت داخلة لكن أمكن رجوعها الى الشاطيء وجب اذا لم يتوجه على صاحبها ضرر .

الرابع : أن يعير حائطاً ليضع عليه اطراف خشبته مع كون الطرف الاخر مثبتاً في ملك المستعير ، فانه اذا بني فأدى الرجوع الى خراب ما بناه المستعير لم يجز عند الشيخ، وان دفع الارش لانه يؤدي الى قلع جذوعه من ملكه مجبراً وهو غير جائز .

الخامس: ان يعيره الارض للزرع فزرع فليس له الرجوع فيها قبل ادراكه وان دفع له الارش، لان له وقتا ينتهي اليه، وقد اقدم عليه في ابتداء الاعارة عند الشيخ وابن ادريس .

السادس : ان يعيره الارض فيبني فيها أو يغرس مدة معلومة ، فانه لايجوز الرجوع فيها طول المدة ، ولو كانت غير موقتة له الرجوع ذهب الى ذلك ابن الجنيد ، والاقوى في هذه الثلاثة جواز الرجوع مطلقاً مع دفع الارش ، وانما يستثنى من القاعدة الثلاثة الاول خاصة ـ انتهى .

أقول:أما انه عقد جائز مع ان مقتضى أوفوا بالعقود[1] لزوم كل عقد، فلامرين:

الاول : الاجماع .

والثاني : السيرة .

ويؤيد الجواز رواية الدعائم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : العارية لمن أعارها ولايملك المستعير منها شيئاً الا ما ملكه المعير واباحه لـه ولايزول شيء

---

(١) سورة المائدة : آية/١ .

من ملكه منها بعاريته اياها[1]

فان قوله عليه الصلاة والسلام : واباحه له ، مشعر بانه اباحة ، فكما ان في الاباحة لكل منهما الرجوع ، فكذلك في العارية .

وفي رواية اخرى ، عن الدعائم ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه سأل عن الجار يأذن لجاره ان يحمل على حائطه هل له اذا شاء ان ينزع ذلك الحمل؟ قال : اذا أراد ان ينزعه لحاجة نزلت به لايريد بذلك الضرر فذلك له، وان كان أنما يريد الضرر لغير حاجة منه اليه فلا أرى ان ينزعه .

فان الرواية بعد تنزيلها على وجود الضرر وعدمه لاعلى الارادة ، لان الارادة تستعمل في الفعل مثل قوله سبحانه : ﴿انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس﴾[2] كما ان الفعل يستعمل في الارادة ، كقوله سبحانه : ﴿اذا قمتم الى الصلاة﴾[3] كما ذكره في (المغني) يدل على ان المعير له النزع .

لايقال : اذا كان جائزاً فما معنى كونه عقداً ؟

لانه يقال : المراد بالعقد الاحتياج الى الطرفين ، بخلاف الايقاع ، حيث لايحتاج الى الطرفين .

أما الاستثنائات المذكورة، فالظاهر انها ليس من الاستثناء في شيء ، وانما هو لدليل خارج ، وقد ذكرنا الكلام في الرهن في كتابه .

أما اعارة الارض لدفن الميت المسلم ومن بحكمه ، فمقتضى الجمع بين دليل جواز الاعارة وحرمة النبش ان له الرجوع وبعده يلزم عليه اعطاء الاجرة

---

(١) الدعائم : ج ٢ ص ٤٨٩ الباب ١ من كتاب العارية ح ١٧٤٦ .

(٢) الأحزاب : آية / ٣٣.

(٣) المائدة : آية / ٦ .

وكذلك الحال في اعارة لوحة للسفينة ، أو اعـارة السفينة أو السيارة ، ويريد استرجاعها في وسط الطريق حيث يتضرر الركاب .

وكذلك لـو اعاره سكيناً لاجـراء عملية جراحية ، وفي اثناء العمل يريـد استرجاعها بما يوجب الضرر على المريض ، الى غير ذلك مـن الامثلة الكثيرة مما يتبين منها ان الاستثناء المذكـور ليس خاصاً بالامثلة التي ذكروها ، وانما يلزم أن يستثنى الجميع ، أو يقال : بأن الجميع لاينافى الجواز ، فاذا استرجع المعير عاريته يلزم الجمع بين الحقين .

ولذا قال في الجواهر بعد ذكر بعض الامثلة المذكورة : ان الجميع كما ترى ضرورة عدم اقتضاء امتناع فسخ الارتهان الواقع باذن المالك وحرمة النبش والاضرار بالغير برجوع العين لـزوم العقد ضرورة امكان بقاء العقد على الجواز وتحقق الانفساخ ، وان منع مانـع خارجي من رد العين الى مالكها كما لو فرض في بعض أمثلة الاجارة التي فسخت بتقايل أو خيار أو نحو ذلك ، فانه لاأشكال فـي تحقق الفسخ حينئذ ، وان منع من رد العين مانـع آخر ، وربما ترتب لـه الاجارة في بعض الافراد .

وبالجملة ان دعـوى لزوم عقد العارية فـي الامثلة المزبورة واضحة الفساد فلاحظ وتأمل ، ويمكن ارادة مدعي اللزوم فيها أو فـي بعضها عدم السلطنة على العين وتفريغها ممافيه لوجود المانـع منه لاارادة لزوم نفس العقد، وبهذا الاعتبار استثناه ، بل لعل ذلك مقطوع به اذ احتمال ان لهم دليلا على اللزوم لـم يصل الينا في غاية البعد، خصوصاً بعد تصريح بالاستدلال على اللزوم بما عرفت مما لايقتضي لزوم العقد ــ انتهى .

أما بقية الفروع التى ذكرها العلامة فى التذكرة في مسألة الاعارة لدفن الميت

المسلم ومن بحكمه فهي كما ذكره، ومن قبيل ما يجمع بين الحقين بعدم ارجاع العارية مع حق المعير في الاجرة ما اذا أعطي شبكته للصيد أو داره للسكنى أو ما أشبه وفى الاثنــاء استرجعها ، ولا يمكن المستعير الارجاع لضرر أو حرج أو ما أشبه ، فان لـه أن يبقى العين عند نفسه مع اعطاء الاجرة للمعير ،كما ذكرنـا تفصيل ذلك في [كتاب الرهن] .

ثم لو فسخ المعير ولم يوصل الخبر الى المستعير عمداً أو لعدم قدرته عليه لم يكن تصرف المستعير حراماً ولاموجباً للضمان للمناط في قاعدة ما لايضمن ولانه أهدر ماله باعارته فيكون كمن أباح الماء للشاربين ثم استرجع في اباحته، ولكن لم يوصل الخبر لهم لانه حيث دخل علــى ان لا حرمة لما له يبقى كذلك الى أن يعلم المستبيح ، فلا يشمله لايتوى وعلى اليد وما أشبه .

ولو أعلمه المعير لكن حيث ان تضرر المستعير صار بسببه كما لو أراد السفر مجاناً من النجف الى كربلاء بسيارة انسان يبيحها له ، لكن المعير سبق واعاره سيارته مما لو لم يفعل ذلك استعار المستعير سيارة غيره ثم في اثناء الطريق قال له : استرجعت فى اعارتى فعليك الاجرة، فلايبعد عدم حقه لدليل لاضرر ، وان كان فيه تأمل .

أما لو أرجع المستعير العارية ، فـان تمكن أن يوصلها اليه أو الى وكيله أو الى الحاكـم الشرعى لزم والا لـم يبعد ضمانه فيما ينتفع به كاللبن والثمر واجرة الدار وما أشبه للقاعدة الاولية بعد انتهاءِ العارية بالفسخ .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : يشترط في المعيرأن يكون مكلفاً جائز التصرف فلا يجوز اعارة الصبي ولا المجنون .

أقـول : وذلك لما عللوه بسلب عبارتهما وفعلهما فـي المعاملات وغيرهـا كالقضاء ونحوه ، وسلب العبارة انما يفهم من رفع القلم ، فان معنى رفـع القلـم انهما لا شأن لهما اطلاقاً فلا يصح اعارتهما لمالهما ولالمال غيرهما ممن أعطى التولية لهما لانهما غيرقابلين للولاية للمناط في كونهما مولى عليهما والمولى عليه اذا لم تصح ولايته لنفسه لم تصح ولايته لغيره ، وأضاف في القواعد قوله : ولا المحجورعليه لسفه أوفلس، وعللوه بأن الاعارة هو تصرف في المال والتصرف غير جائز .

لكن في الجواهر بعد قوله : وكذا لايصح اعارة المحجور عليه لفلس أو سفه قال: بناء على عدم جوازمثل هذا التصرف لهما ، وكأنه أراد الاشارة الى احتمال جواز مثل هذا التصرف في الشئون التي هي خارجة عن الفلس ، مثل أن يعطي المفلس انائه عارية لزيد ليشرب فيه الماء أو بساطه له ليجلس عليه ولو مقدار ساعة أو ما أشبه ، فان دليل الحجر لايشمل مثـل ذلك ، سواء في المفلس أو السفيه لانصراف الادلة عن مثل هذه التصرفات .

نعم لا اشكال في عدم جواز التصرفات التي لاتنصرف عنها الادلة، مثل ان يعطي السفيه بستانه أو داره اعارة لزيد لمدة سنة، وكذلك مثل ذلك في المفلس، وعلى أي حال، فالحكم دائر مدار انصراف الدليل وعدمه، ثم ان الشرائع قال: ولو اذن الولي جاز للصبي مع مراعاة المصلحة .

وفي مفتاح الكرامة، انه قال: في الارشاد انما تصح من جائز التصرف ولو اذن الولي للطفل صح أن يعير مع المصلحة ، وقد صرح فيهما ، وفي التحرير

والامعة وغيرها انه يجوز للصبي أن يعير اذا اذن له الولي ، وقيده في التحرير بما اذاكان مميزاً،ومن الواضح ان مراده غيره ايضاً المميز،اذغير المميز كالحيوان أو أسوء منه ، والظاهر ان ماذكروه هو مقتضى القاعدة خصوصاً للصبي الذي تجوز صدقته وعتقه ووصيته، فان المناط في ذلك آت هنا .

لان أدلة الحجر لاتشمل مثل ذلك، بل ذكرنا في [كتاب الحجر] ان مقتضى قوله سبحانه وتعالى : « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح »(١) جواز بعض المعاملات الاخر بالنسبة اليهم، فان أدلة المنع قاصرة عن شمول هذه المعاملات الجزئية ، ويؤيده السيرة المستمرة من غير فرق بين أن يفعل في مال نفسه أو يفعل في مال غيره بالاجازة .

ومنه يظهر وجه النظر في تفصيل الجواهر حيث قال:بعد قوله: ولعله للسيرة المعتضدة بهذه الكلمات للاصحاب وارسالهم ارسال المسلمات قال : ولكن ينبغي حينئذ اختصاص ذلك باذن الولي في عارية ماله مثلا، أما توليتها عن غيره فلايجوز ـ انتهى .

بل قد عرفت انه لاحاجة الى اذن الولي، ولذا يتعارف لصبيان المدارس اعارة اقلامهم وما أشبه لزملائهم من غير نكير من أحد من المتشرعة .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة ، حيث قال: وذلك لان المدار في العارية ونحوها من العقود الجائزة على رضى المالك وهوهنا الولي فاذنه للصبي بمنزلة الايجاب والعبرة هنا باذنه لابعبارة الصبي .

وعلى هذا، لافرق بين المميزوغيره ولابينه وبين المجنون فلاوجه لتخصيص

---

(١) النساء : آية / ٦ .

الصبي بالذكر وخصوصاً الشرائع،فانه ذكرهما فيها أولا وخصهثانياً، ومما ذكر يعرف الفرق بين العقود الجائزة واللازمة ، فـان الضابط فى اللازمة ان تكون بعبارات مخصوصة مقررة معتبرة بمعنى أن تكون عـن بالـغ عاقل ، وفى العقود الجائزة مجرد حصول الاذن ولوخلىعن العبارة بالكلية، فمناقشة بعضهمفى الفرق وقول آخر انه لايبعد أن تعتبر أقوالهم فـى العقود اللازمة اذا أذن الولـي مما لايصغي اليهما ـ انتهى .

فان فيه مواقـع للنظر كما لايخفى، اذ ليس الطفل آلة محضةكالحيوان، ولا دليل على الفرق بين العقد الجائز واللازم ،كما ان العقدالجائز ليس مجرد اذن فقط ،كما ظهر وجه النظر فى قول الرياض أيضاً حيث قال : لايجوز اعارة فاقد الشرائط ،كالصبي والمجنون والسفيه ونحوهم الاباذن الولي بالاعارة لمالهم أو ماله، لان المعتبر اذن الولي وهوالمعير فى الحقيقة، حيث حصل منه الرخصة ، ولاكذلك الحكم فى اذنه للمجنون والصبي فى ايقاعنحوالبيع مما يشترط فيها الالفاظ المعتبرة ، ولايكتفي فيها باذن الولي خاصة لعـدم الاعتبـار بعبارتهما ، وان كانت باذن الولي مقرونة ، الى آخـر كلامه المشابه لكلام مفتاح الكرامة المتقدم .

وكأن الجواهر أشار فى كلامه الى كلامهما حيث قال: فى رد من أجازذلك ان الاذن لايجعل المسلوبغيرمسلوب كما هو مفروغمنه فى غير المقام، وكون العارية من العقود الجائزةلايقتضي ذلك والالجازت مضاربته ووكالته باذن الولي ودعوىكون الاذن من المالك بمنزلة الايجاب منه، لان المدار فى العارية على رضى المالك وهوالولي هنا، يدفعهاعدم الفرق حينئذبين المميز وغيره، بلوبينه وبين المجنون ، بل بين هذا العقد وغيره من العقود الجائـزة ، بل وبينه وبين

المعاطاة فى البيع وغيره ضرورة رجوع ذلك الى كون الصبي حينئذ آلة والايجاب والانشاء بفعل الولي الذي هو الاذن وارسال الصبي ونحو ذلك .

نعم ينبغي اعتبار قصد الولي انشاء الايجاب بذلك وهو خلاف ظاهر العبارات السابقة المبنية على اختصاص العارية بهذا الحكم ولو بجعل اذن الولي وأمره فعل الصبي فعلا للولي كما جعل أمره له بافعال الحج موجباً للصحة فى الجملة ــ انتهى .

وعلى أي حال، فقد عرفت مما تقدم وجه النظر فى قول الشرائع بعد عبارته المتقدمة ، وكما لايليها عن نفسه ،كذا لايصح ولايته عن غيره، فانك قد عرفت صحة توليتها عن نفسه وعن غيره فيما جرت السيرة على ذلك .

ثم انه يجوز للمستعير الاخذ من الطفل فيما له التصرف فيه على ماذكرناه، أما من يقول بالاحتياج الى اذن الولي فانه لايصح للمستعير الاخذ الا اذا علم باذن الولي ولذا قال فى الرياض:هذا اذا علم المستعير باذن الولي والا لم يقبل قول الصبي فى حقه الا ان تنضم اليه قرينة هي للظن المتآخم للعلم به مفيدة،كما اذا طالبها من المولي فجاء بها الصبي مثلا وأخبر انه أرسله بها ونحو ذلك ،كما يقبل قوله فى الهدية والاذن فى دخول الدار بالقرينة .

أقول: ومراده بالظن المتآخم للعلم: العلم العادي، والا فالظن ليس بحجة، أما قوله بعد ذلك: ولابد مع اذن الولي لهما فى اعارة مالهما من وجود المصلحة بأن تكون يد المستعير احفظ من يد الولي فى ذلك الوقت ، أو انتفاع الصبي بالمستعير بما يزيد عن منفعة ماله، أو تكون العين ينفعها الاستعمال ويضرها الاهمال ونحو ذلك ــ انتهى .

فقد عرفت فى [كتاب النكاح والحجر] وغيرهما ان المعيار عدم المفسدةلا المصلحة، اللهم الا ان يريد بالمصلحة عدم المفسدة، لكنه لايلائم قوله: أحفظ من يد الولي، الى آخر العبارة .

(مسألة ـ ٣ ـ) يشترط في المستعير أن يكون أهلا للاستعارة ، فلايصح أن يكون صبياً غير مميز ولامجنوناً، أماالصبي المميز فقد عرفت الكلام فيه في المعير ، ولو استعار غير المميز أو المجنون فاعاره عالماً أوجاهلا بنقصهما، ففي ضمانهما ماتقدم في [كتاب الوديعـة] .

وفي القواعد قال: شرط المستعير أن يكون معيناً، وفي مفتاح الكرامة ،فلو قال له : اعرت أحد هذين لم يصح كما في التذكرة وجامع المقاصد قال فـي التذكرة : لعدم التعيين وكل واحد لايتعين للاجازة لصلاحية الاخر لها واستباحة منافع الغير لايكون الابوجه شرعي، لان الاصل تحريم منافع الغير على غيره الا باذنه ولم يثبت ولوعمم المستعير جاز، سواءكان التعميم في عدد محصور كقوله: اعرت هذا الكتاب لهؤلاء العشرة ، أوفي عدد غير محصور كقوله لكل الناس ، أولاي أحد من اشخاص الناس، أولمن دخل الدار وبالجملة الكلي معين، وان لم يكن عاماً كأي رجل، واي داخل وأحد الشخصين مجهول ـ انتهى .

أقول : الجهل قد يكون في المعير ، وقد يكون في المستعير ، وقد يكون في المستعار ، وقد يكون في الخصوصيات ، كما اذا اعاره الكتاب لشهر صفر أو شهر الربيع ، فان كل واحد من الثلاثة معلوم ، وانما المجهول بعض المتعلقات وكذلك اذا اعاره الدابة ، لان يركب عليها أو يحمل عليها ، الى غير ذلك من الجهل في الخصوصيات ، وضرر الجهل في كل المقامات المذكورة غير واضح.

فلو كان اثنان لكل واحد كتاب شرح اللمعة ، فأراد مـن أحدهما استعارة الكتاب انسان فقالا : أعرنا أحدنا كتابنا لك فقبل لم يكن وجه لبطلانه ، وانما له أن يأخذ كتاب هذا أوكتاب ذاك ، والضرر المتوهم انه غرر أو غير مسبوق مثله في الشريعة وكلاهما غير ضار، اذ لاغرر عرفاً،وقد قلنا فيما تقدم ان نهي النبي ﷺ

عن الغرر انما يصب على الغرر العرفي[(١)]، وكونه غير مسبوق في الشريعة أيضاً لا يضر بعد العرفية ،وقد ذكرنا مكرراً ان اوفوا بالعقود يشمل العقود المستحدثة كالعقود السابقة ويستثنى منها العقد الذي نهى الشارع عنه كالبيع الربوي ونحوه ، واي فرق بين اباحتهما له بضاعتهما على البدل والعقد كذلك .

نعم نكاح أحد الرجلين أو احدى المرأتين أو طلاق أحدهما أو احدى المرأتين لايصح للاجماع والضرورة .

ومنه يعلم حال المتردد في المستعير، كما اذا أراد كل واحد منهما كتاب شرح لمعة زيد فيقول لهما: اعرته لاحدكما فيقبل أحدهما، وكذلك حال المستعار كما اذا أراد انسان من انسان كتاب اللمعة أو القوانين، فيقول: أعرت أحدهما لك ، فيقول: قبلت، ويأخذ أحدهما، وهكذا الحال في سائر الشرائط والخصوصيات المرددة .

ومنه يعلم حال صحة اعارة الكلي في المعين كأن يقول: أعرتك أحد هذه الكتب، وحال اعارة المشاع كأن يقول: أعرتك نصف هذه الدار، لكن المسألة في المردد بعد بحاجة الى التأمل .

أمّا اذا طرء الجهل على أحد هذه الامور، كما اذا لم يعلم المستعير ان المعير هو زيد أو عمرو بأن كان عنده كتابان لهما فاستعار أحدهما فأعاره لكنه نسى ان المعير أيهما بينما الكتابان متشابهان كجلدين من اللمعة مثلا ، أو مختلفان كلمعة وقوانين ، وكذلك اذا كان المستعير متردداً، كما اذا علم زيد وعمرو ان أحدهما استعار الدار من بكر فأعارها اياه، ثم شكا في ان المستعير أيهما، أو كان المستعار مجهولا :

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب من أبواب كتاب التجارة ح ٣ .

كما اذا أعاره زيد الفرس أوالحمار مماكان معلوماً فى وقتـه، ثم جهل ان أيهما المستعار، وكذلك بالنسبة الى سائر الشروط، كما لوأعاره شهراً لكنه شك فى ان الشهـر هل هو الربيع الاول أو الربيع الثاني ، أو انـه أعـاره سيارته فى كربلاءِ أوفي النجف، أو ماأشبه ذلك من سائر الخصوصيات، فاذاكان مسرحاً لقاعدة العدل اجريت قاعدة العدل والاكان مقتضى القاعدة القرعة لانها لكل أمر مشكل[(١)].

ومنه يعرف وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال: لابد أنيكون المستعير معيناً، فلوقال: أعرت أحد هذين لميصح للاصل بعد قصور تناول الادلـة لمثل ذلك،نعم لو أريد كلاهما من ذلك وقبلامعاً أمكن الصحة، كما لوقال: أعرت كتابي هذا لهؤلاء العشرة وقبلوا جميعاً ، فانه يصح بالنسبة الى كل منهم بمعنى ان له الانتفاع مستقلا، اذ لامانع من اجراء حكم المستعير على كل منهم، فان العارية قسم من الاباحة الصالحة لذلك فيحمل عليه الا أنيصرح بارادة الاجتماع وهكذا فى غيره من العقود التي تقبل ذلك .

نعم فى مثل البيع والاجارة ونحوهما مما لايقبل ثمرته الانتقال لكل منهما لعدممعقولية ملك كل منهما لتمام المبيع وتمام المنفعة ينزل على الشركة بخلاف مانحن فيه ـ انتهى .

ومماتقدم تظهر صحة الاعارة الدوريـة فى كل من الاربعـة كأن يعير زيد وعمرو فرسهما لبكـر يوماً من هذا ويوماً من ذلك أويستعير زيـد وعمرو فرس بكر يوماً لهذا ويوماً لذاك أويستعير زيد منعمرو فرسه وحماره يوماً هذا ويوماً

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٩١ الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم ح ١٨ .

ذاك، أو يستعير زيد من عمرو كتابه فى أول كل شهر يوماً ، الى غير ذلك من الامثلة، بل لومنعنا العارية المرددة تصح هذه الاقسام من العواري، اذ لاشك فيها، ولادليل على منعها حتى الاصل ونحوه .

وعلى أي حال،فقدعرف مماتقدم ان اشكال الجواهر على التذكرة التي أجازت العارية لغير المحصور من العدد نحو كل الناس أو أي أحد من الاشخاص، ومن دخل الدار : بقوله ، وان كان قد يناقش بمنع تحقق العقدية أومافي حكمها من المعاطاة بمثل ذلك ضرورة عدم قصد الربط بين الايجاب والقبول من الجانبين وليست العارية حينئذ الا اباحة على انه قد صرح فى موضع منها بالفرق بين من بسط بساطاً مخصوصاً لضيف مخصوص، وبين من كان له بساط معد لمن يأتيه من الضيوف ، فجعل الاول عارية والثانى اباحة لعدم قصد انتفاع شخص بعينه ، وعدم اعتبار المقارنة بين الايجاب والقبول فى العارية لايقتضي جواز ذلك فى الوكالة والوديعة وغيرهما على جهة تحقق عقدها بذلك ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، بل فى مثل من أعد بساطه لكل ضيف يأتيه ويقول : أعرته لمن جلس عليه اذا جلس عليه انسان كان قبولا للعارية فعلا، وقد تقدم ان الايجاب والقبول يصح بالقول وبالفعل .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال الشرائع : وله الانتفاع بما جرت العادة به في الانتفاع بالمعار، ومراده ماكان داخلا في عقد العارية ، اذ جريان العادة بدون الدخول في القصد لايكفي ، فان العقود تتبع القصود، فلوأعار بساطاً اقتضت فرشه أولحافاً التغطية به أوحيواناً الحمل عليه بالقدر المتعارف أو ركوبه في الزمان الخاص والمكان الخاص والخصوصيات الخاصة المشمولة للعقد .

ولو تعددت منفعة العين ولم يكن ثم انصراف الى بعضها ولم يعين نوعاً خاصاً جاز الانتفاع بجميع الوجوه،كأن يركب على الدابة أويركب عليها أو يحمل عليها أويسفد بسببها الانثى أويربطها بالرحى أو بالناعور أو ماأشبه ذلك ولذا قال في المسالك بعد ذكر بعض الامثلة التي ذكرناها : « ولوتعددت منفعة العين، فان عين نوعاً تعين ، وان عمم جاز الانتفاع بجميع وجوهها، وان اطلق فالاقوى انه كذلك » .

نعم لوشك في شمول الاطلاق أوالتعميم لبعض أقسام الانتفاع كان الاصل العدم لانه انّما يجوز له التصرف بقدر شمول اللفظ قطعاً ، فحيث يشك في شمول اللفظ لم يجز مثل ذلك الانتفاع ، ويشترط أن تكون المنفعة محللة، أمّا الانتفاع المحرم فلايجوز، وان اذن له المعير كمقاربة الحيوان مثلا، وسيأتي بعض الكلام فيه عند ذكر الشرائع له ، ثم قال الشرائع: ولونقص من العين شيء أو تلفت بالاستعمال من غير تعد لم يضمن الا أن يشترط ذلك في العارية.

أقول: أما عدم الضمان بدون الشرط فلان النقص من طبيعة العارية، فان استعمال الملابس والدور ونحوها يوجب ان تخلق، وهكذا بالنسبة الى الاشياء المشابهة، ولذا لم يكن ضامناً حيث من طبيعة العارية مثل ذلك النقص، أمّا اذا لم يكن من المتعارف مثل ذلك النقص لم يشمل دليل العارية له ويوجب

الضمان، كما اذا استعار دابة فحملها فوق طاقتها مماسبب عطبها أو دبرها أو استعار الدار ثم اسكن فيها فوق طاقة المدار، الى غيرذلك من الامثلة، اذ كل ذلك يشمله التعدي، وكذلك فيما اذا فرط والتعدي فى كلام الشرائع أعم من التعدي والتفريط كما هو واضح.

أما اذا كان الشرط، فلدليل المؤمنون عند شروطهم[1]، ولذا قال فى الجواهر: بناءاً على اعتبار مثل هذا الشرط بالنص والاجماع على مايشبهه كماتعرفه انشاء الله، ولعل الوجه في ذلك واضح لانه استعمال مأذون فيه ، وبناء العارية على النقص بالاستعمال، وقول الصادق عليه السلام فى صحيح ابن سنان المسئول فيه عن العارية لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً[2].

وفي الرياض عند قول مصنفه : « ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع ، قال المأذون فيه لاستناده الى السبب المأذون فيه ، وقيل بضمان المتلف كماعن التقي لعدم تناول الاذن للاستعمال المتلف عرفاً، ولاريب فيما لايتحقق التناول، وأما مع التحقق فالاول أجود، ولعله محل الفرض كمايظهر من التعليل المتقدم ، ولكنه لم يثبت الا بلفظ صريح، وفي ثبوته بالاطلاق اشكال لعدم الانصراف الا الى غير المتلف الا مع القرينة المصرحة من عرف أو عادة فلايضمن ،كمالو اذن له باستعماله باللفظ الصريح » .

وهذا هو مقتضى القاعدة، قال في المسالك: لماكان اطلاق الاذن أوتعميمه يقتضي الانتفاع بالعين من غيرتقييد بالقليل والكثير اقتضى ذلك جواز استعمالها

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ من أبواب المهور ح ٤ .
(٢) المستدرك : ج ١ ص ٥٠٧ الباب ١ من كتاب العارية ح ٢ .

وان نقصت كالثوب يبلى والدابة تضعف على وجه لايمنع منه، فاذا فرض حصول نقص في العين أوتلف لم يكن ذلك مضموناً لاستناد التلف الى مأذون فيه ولو من جهة الاطلاق وماقطع به المصنف هو أصح القولين في المسألة وفيه وجه آخر وهو ضمان المتلف في آخر حالات التقويم، لان الظاهر عدم تناول الاذن باستعمال المتلف، وان كان داخلا في الاطلاق ، نعم لو كان قد شرط الضمان في العارية ضمن، وسيأتي الكلام فيه ـ انتهى ـ.

فان مقتضى القاعدة هو ان التلف المتعارف الداخل في العارية لايوجب الضمان، لان المالك هو الذي أباح له ذلك، ومن الواضح ان المالك يحق له مثل ذلك لانه مسلط على ماله، أما اذا لم يكن ذلك التلف مشمولا لكلام المعير كان موجباً للضمان، أمّا القول بأنه موجب للضمان مطلقاً فغير ظاهر الوجه، ولعل التقي (ره) أيضاً أراد مالم يكن مشمولا للعارية والا فلاوجه ظاهر له .

ومنه يظهر عدم الفرق بين أقسام التلف اذا كان مشمولا للاذن ، فقول الجواهر: لعل التأمل الجيد يقتضي ان هنا مقامين :

أحدهما : النقص والتلف الواقعان بسبب الاستعمال المعتاد ولو من جهة الاتفاق في مثل تلك العين كما لو استعار دابة للركوب أوالحمل، ولم يزد على المعتاد واتفق تلفها بنفس ذلك الاستعمال لعثرة أو نحوها وهذا هو المناسب للقطع بعدم الضمان فيه للنص والفتوى .

الثاني : التلف بالاستعمال بسبب استدامته واستمراره المقتضي لاستيفاء عمره بالنسبة الى ذلك العين وهذا هو المناسب للاشكال في الضمان به باعتبار اقتضاء اطلاق عقد العارية تناوله وعدمه الا مع التصريح ، ولعل الضمان به حينئذ وجيه، وبذلك ظهر لك الفرق بين المقامين ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، لانه بعد تسليم اقتضاء اطلاق عقد العارية ذلك الاستعمال كما اذا أعاره مطلقاً بدون توقيت بوقت خاص فاستفاد منه استفادة متعارفة حتى انقضى عمره فمات مثلا فأي وجه للضمان .

والحاصل: ان مقتضى القاعدة ان كل تعد وتفريط عن مقتضى عقد العارية يوجب الضمان، واذا لم يكن تعد أو تفريط لم يوجب الضمان، ولو شك في ان تلفه هل كان بالتعدي والتفريط أم لا ؟ كان مقتضى القاعدة عدم الضمان ، لان الضمان شيء حادث والاصل عدمه، وسيأتي بعض الكلام في ذلك أيضاً عند تعرض الشرائع له .

ثم لو كان التعدي موجباً لكثرة قيمته، فان كان مشمولا للاذن لم يكن التعدي موجباً للضمان والا كان موجباً له، لان المعيار الاذن المشتمل عليه العارية لا أكثرية القيمة وأقليته، فبعض أقسام السجادات التي اذا استعملت كثيراً وطرحت في الشارع ومرت عليها السيارات ونحوها أوجب أكثرية قيمتها اذا فعل المستعير بها ذلك بدون اذن المالك وسبب ذلك ارتفاع القيمة لم يكن ذلك موجباً لعدم ضمانه لها .

نعم ذكرنا في [كتاب الغصب] مايفيد ان عمل الذي بيده وان كان غاصباً اذا أوجب زيادة العين أو القيمة كان مقتضى القاعدة الاشتراك بقدر حقه لقوله سبحانه: ﴿ليس للانسان الا ماسعى﴾[1] فسعي كل انسان له حتى اذا كان غاصباً ولا منافاة بين الحرمة التكليفية والملك وضعاً .

قال في الشرائع: ولايجوز للمحرم أن يستعير من محل صيداً لانه ليس له امساكه ولو أمسكه ضمنه وان لم يشترط عليه .

---

(١) النجم : آية / ٢٩ .

أقول: ذلك واضح لحرمة الصيد على المحرم، سواء أخذه المستعير بنفسه أو بوكيلـه،كما انه ليس لـه أن يستأجر الصيد وان لم‌يستعمله هو بنفسه وانما يستعمله أهله أوماأشبه ذلك، لمايستفاد من الادلة الواردة في [كتاب الحج] على ماذكرناه مفصلا هناك ، ومقتضى القاعدة ان عقـد الاستعارة فاسد، لا انه حكم تكليفـي فقط ، اذ لم‌يجعل الشارع سلطة للمستعير علـى الصيد، فلماكان اثبات سلطنته على العين المستعارة ممنوعاً شرعاً لم‌تصح الاستعارة،كما لاتصح البيـع والاجارة والصلح والهبة ونحوها .

قال في المسالك: لاشبهة في عدم جواز استعارة المحرم الصيد من المحل والمحرم لماذكـره المصنف من تحريم امساكه عليه فلواستعاره بعقد العاريـة ، فهل يقع العقد فاسداً يحتمله للنهي، وعدمه لان المعاملات لايبطلها النهـي الا بدليل خارج، وعبارة المصنف وغيره لايدل على أحد الامرين صريحاً لان‌عدم الجواز أعم من الفسادكماذكرنـاه .

فعلى تقدير قبضه له ان رده علـى المالك لزمـه الفداء لله تعالى، وبرء من حق المالك ، وان تلف في يده فلا شبهـة في ضمانه الفداء لله تعالى لانه ثابت عليه بمجرد الامساك،كمافي‌الصيد الذي ليس بمملوك حتى لوكان المعير محرماً أيضاً، فعلى‌كل واحد منهم فداء .

ومقتضى عبارة المصنف وجماعة انه يضمنه مع‌التلف للمالك أيضاً بالقيمة لانهم جعلوه من العواري المضمونة، وان لم‌يشترط فيها الضمان، ودليلـه غير واضح ، اذ مجرد تحريم استعارته لايدل على الضمان سواء قلنا بفساد العقد أم بصحته، أما مع صحته فالاصل في‌العارية عندنا أن‌يكون غيرمضمونة الا أن‌يدل دليل عليه ولم‌يذكروا هنا دليلا يعتمد عليه .

وأمّا مع فسادها فلان حكم العقد الفاسد حكم الصحيح في الضمان وعدمه (كما أسلفناه في مواضع) قاعدة كلية يمكن الاستدلال عليها على عدم ضمانه هنا .

ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا باطلاق النصوص ان المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فدائه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع .

وعلى أي حال ، فصور استعارة المحرم من المحل الصيد ثلاث :

الاولى : ان لايتعدى ، وانما يتلف بنفسه ، ومقتضى القاعدة عدم الضمان لقاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ، حيث قد عرفت ان مقتضى القاعدة فساد العقد .

الثانية : أن يتعدى ، ومقتضى القاعدة الضمان لقاعدة من أتلف مال الغير فهو له ضامن .

الثالثة : ارسال الصيد للامر شرعاً بذلك ، وهنا احتمالان :

الاول : الضمان ، لان أمر الشارع بالارسال لاينافي الضمان كما في أكل المخمصة وماأشبه .

والثاني : عدم الضمان ، لان المالك أهدر حقه بتسليمه الصيد الى من يأمره الشارع بالاطلاق ، لكن الضمان في الصورة الثالثة أقرب .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الاطلاقات وغيرها والتي منها قول الجواهر ، وعلى كل حال ، ظهر لك انه لاوجه للاشكال في الجزم بالضمان من المصنف والفاضل وغيرهما بعدم الدليل عليه وقاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ضرورة كون المراد الضمان في الفرض المزبور ، لاما اذا تلفت في يده من غير تفريط فيه فيتوجه عليه الاشكال المزبور ، وان كان اطلاقهم يوهم ذلك ،

لكن من المعلوم ارادتهم الفرد الذي ذكرناه، فانه الموافق في ذكر مسألة المحرم بخصوصه .

فان الاشكال وارد لكون ظاهرهم الاطلاق لا الصورة الخاصة التي ذكرها الجواهر، كما يرد الاشكال على المسالك بقوله : ويمكن الاستدلال على ضمانه هنا باطلاق النصوص ان المحرم لو أتلف صيداً مملوكاً فعليه فدائه لمالكه فيدخل فيه صورة النزاع ، وفيه نظر لمعارضته بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة ، فكما يمكن تخصيص الاول بالصيد المأخوذ بغير اذن المالك يمكن تخصيص الثاني بغير الصيد فالترجيح غير واضح ـ انتهى .

اذ لا تعارض بين الامرين بعد رؤية العرف ورود دليل العارية على دليل ضمان الصيد، ثم انه لا يبعد ان على آخذ الصيد من المحل وجوب الارسال لا الرد على المالك لغلظة حكم الصيد .

ولـذا كان المحكى عن مقتضى كلام الشيخ في المبسوط ، والمحقق في الشرائع، والمصنف والعلامة في القواعد والتحرير، وصريح التذكرة ان المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته ، ولا يرد عليه ماذكره في مفتاح الكرامة من انه يشكل الحكم بوجوب اتلاف مال الغير وحق الادمي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر ، فينبغي رده على مالكه وضمان الجزاء كما ذكره أخيراً في التذكرة .

لكن السيد العاملي قال بعد ذلك : وقد يقال : لما كان أمر الصيد غليظاً قدم في المقام حق الله سبحانـه على حق الناس مما يظهر منه التردد أو الميـل الى قولهم .

أما اطلاق ان حق الادمي مقدم على حق الله سبحانه فغير ظاهر، بل بين الامرين

عموم من وجه كما يظهرمن بعض الروايات ، نعم لاينبغي الاشكال لو انـه سلمه الى مالكه ولو لامر الله سبحانه وتعالى لم يضمن للمالك ، اذ احتمال انـه صار بحيث لايقبل التملك حتى يكون تكليف المالك أيضاً ارسالـه فيكون المستعير ضامناً له ، لانه أخرجه عن ملكه لاوجه له ، ولذا كان المحكى عن التذكرة ان المحرم اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته ، وانه ان رده الى المالك ضمن لله تعالى الفداء وسقط عنه القيمة للمالك .

أما اذا أرسله المحرم فجاء الى مالكه أو أخذه المالك منه بالقوة حيثماأراد ارساله أو خرج عن الاحرام حيث يسقط وجوب ارسالـه لانتفاء الموضوع فرده على مالكه ، فان مقتضى القاعدة عدم الضمان ، وكذلك اذا مات في يدهأوذبحه ممايوجب تحريم لحمه، ولكن كان لحيه وميته قيمة واحدة فأعطاه للمالك وقبله لم يضمن أيضاً .

ثمقال الشرائع ممزوجاً معالجواهر: ولوكان الصيد في يد محرمفاستعاره المحل بأن أخذه بصورة العارية جاز أخذه للمحل الاصل ، ولان ملكالمحرم زال عنه بالاحرام فأخـذه حينئذ منه ،كما يأخذ من الصيد مـاليس بملك فيملكه حينئذ بالاستيلاء ، أو مع نية الملك علىالوجهين في تملك المباح وحرمةالدفع الى المحل علىالمحرم لتعين الارسال عليه لاينافي جواز الاخذ للمحل، وليس هو من الاعانة على المحرم قطعاً ، وان وجب الفداء على المحرم مع التلففي يد المحل ـ انتهى .

وهو كما ذكراه،وان كان مقتضىالقاعدة الاحتياجالى نية الملكعلىماذكرناه فى [كتاب احياء الموات] فاذا أخذ الانسان شيئاً من النبات أوالحيوان أوالماء أوماأشبه بغيرقصد الملك لايملكه،واحتمال انه يجب على المحرم الاستيلاء على

ذلك الصيد ولو بالقوة واطلاق سراحه غير ظاهر،لان ظاهر أدلة الارسال وجوبه مادام فى يده، فاذا خرج عن يده تبدل الموضوع وبذلك يسقط الحكم .

أما وجوب الفداء على المحرم مع التلف فى يد المحل فذلك لمادل على انه يجب عليه الفداء مما أطلاقه يشمل المقام ، وان كان فيه بعض التأمل ، لكن لايخفى ان المقام ليس من الاعارة في شيء ، وكأن عبارة الشرائع والقواعد وغيرهما بلفظ الاعارة من باب المشاكلة ، فلايرد عليهم اعتراض المحقق والشهيد الثانيين والمقدس الاردبيلي بأن المعار شرطه كونه ملكاً للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه ، ولذا ردهم في مفتاح الكرامة بأن ليس هناك الا صورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وانه لاشيء للمحرم عليه ، وان فعل حراماً بالاعانة كما نبه عليه فخر الاسلام في شرح الارشاد .

قال في محكى التذكرة : لوكان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل ، فان قلنا ان المحرم يزول ملكه عن الصيد فلاقيمة له على المحل لانه اعارة ماليس ملكاً له وعلى المحرم الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديه بالاعارة ، فانه كان يجب عليه الارسال ـ انتهى .

وحيث ان تفاصيل المسألة مرتبطة بكتاب الحج نكتفي منها بهذا القدر هنا والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : ولو استعار من الغاصب وهو لايعلم كان الضمان على الغاصب وللمالك الزام المستعير بما استوفاه من المنفعة ويرجع على الغاصب لانه اذن في استيفائها بغير عوض ، والوجه تعلق الضمان بالغاصب حسب ، وكذا لو تلف العين في يد المستعير .

أقول : مقتضى القاعدة هو القول الاول ، ولايبعد أن يكون هو المشهور بين الفقهاء لقاعدة على اليد وغيرها، فان كل واحد من المعير والمستعير قدوضع يده على مال المالك ، فكل واحد منهما ضامن للاصل فيما اذا كان له اجرة والمنفعة فيما اذا كانت له منفعة ، فان استوفى المعير المنفعة، ثم أعارها للمستعير كان للمالك الرجوع على المعير بالاصل وبالمنفعة والرجوع على المستعير بالاصل دون المنفعة لانه لم يضع اليد على المنفعة .

أما اذا استوفى المستعير المنفعة فللمالك الرجوع بهما عليه ،كما ان له الرجوع بهما على المعير لصدق على اليد بالنسبة الى الاصل والمنفعة كماذكروا ذلك في مسألة ترتب الايدي في [كتاب الغصب] .

لايقال : ان المعير لم يضع اليد على المنفعة، والمفروض ان المنفعة تلفت عند المستعير فلايشمل على اليد المعير بالنسبة الى المنفعة .

لانه يقال : انه السبب ، والمباشر والسبب كلاهما شريكان ، نعم المستعير الجاهل بالغصبية يرجع على الغاصب، لان الغاصب هو الذي أذن له في استيفائها بغير عوض ، سواء في ذلك الاجرة والعين ، اذا تلفت العين أو المنفعة ، وان المعير هو الغار للمستعير يرجع عليه لقاعدة المغرور يرجع على من غره .

أما الوجه الذي ذكره الشرائع من تعلق الضمان بالغاصب حسب ، وتبعه

العلامة في ذلك بمعنى انه ليس له الرجوع على المستعير ، فكأنه لان المستعير جاهل مغرور والغاصب عالم غـار فصار الغاصب أولى في نسبة الاتلاف اليـه بالاضافة الى قاعدة مالايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ، فان المستعير لايضمن بصحيح العارية ، فكذلك لايضمن بفاسدها ، ولذا لم يكن وجه لرجوع المالك الى المستعير ، وربما استدل لذلك بأن الرجوع على المستعير ظلم محض لانه جاهل بضميمة رفع مـا لايعلمون وشبهه[١] ، لكن في الكل نظر ، فـان على اليد يشملهما معاً ، وقاعدة ما لايضمن لاتشمل أموال الناس ، والجهل لايرفع الحكم الوضعي ، بل الحكم التكليفي .

ويؤيد ذلك مـارواه وهب ، عن جعفر ، عن أبيـه عليهما السلام : ان علياً عليه السلام كان يقول : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن . وقال : من استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن[٢] ، بناءاً على مـا حمله الشيخ على من استعار بغير اذن المالك .

وعن اسحاق بن عمار ، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام ، انه قال:اذا استعيرت عارية بغير اذن صاحبها فهلكت فالمستعير ضامن[٣] .

ومما تقدم يظهر الوجه في قول القواعد في أسباب الضمان أو استعار من المستعير .

وفي مفتاح الكرامة : أي يضمن، سواء تعدى فيها وفرط أم لا ؟ وسواءشرط المعير الضمان أم لا ؟ وسواءكانت يد المعير يد أمانة أو يد ضمان ، لانهاستولى

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ ـ انظر سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٥ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب العارية ح ١١ .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٤ من أبواب العارية ح ١ .

بغير اذن المالك ، لانها عارية من غير المالك فكانت غصباً في الحقيقة لاعارية، ولماكانت في صورة العارية أجروا عليها اللفظ .

ولقد أجاد الجواهر حيث رد شمول قاعدة مالايضمن في المقام بقوله: « من المعلوم ان المسلم من هذه القاعدة ماوافق الادلة منها ضرورة عدم دليل بالخصوص عليها ، وليس الفاسد من حيث كونه فاسداً يترتب عليه مايترتب على الصحيح بل مقتضى فساده عدم ترتب أثر الصحيح عليه كماهو واضح ، وليس في الادلة مايوافق مضمونها ، بل قد عرفت ان قاعدة اليد وعموم من أتلف والمرسل والخبر تقضي الضمان ، وان اقتضت قاعدة الغرور الرجوع على الغاصب .

ودعوى الاجماع عليها معلومة الفساد في المقام ، اذ المشهور بين الاصحاب الضمان هنا مع الجهل ، وان رجع بقاعدة الغرور كدعوى عموم مادل على عدم الضمان بالعارية للمقام لانها اسم للاعم من الصحيح والفاسد ضرورة تخصيص العموم بالخبر والمرسل السابقين المعتضدين بالشهرة بين الاصحاب التي هي المرجحة أيضاً لعموم من أتلف وعلى اليد عليه ، بل قد يدعى انسياق الصحيح من أكثر هذه الاحكام فلاتعارض حينئذ ، ومن ذلك وغيره يعلم عدم كون المقام فرداً من القاعدة المزبورة أو خارجاً عنها كحال العلم للمستعير» .

هذا بالاضافة الى انه قد حققنا في [الاصول] ان الاسامي ليست اسماً للاعم من الصحيح والفاسد ، وانما اسم للصحيح فقط ، والفاسد انما يسمى بتلك الاسامي للمشاكلة، فهو من باب المجاز ، هذا ولكن يستثنى من رجوع المستعير الى المعير فيما كان المستعير جاهلا ماإذا شرط المعير الضمان عليه ، فانه حينئذ ليس مغروراً حتى يرجع الى من غر[1] .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب في النكاح ح ٦ .

ولذا قال الجواهر : الظاهر ان المعير يرجع على المستعير بقيمة العين لو رجع عليه المالك ، وان كان جاهلا كان قد أقدم على العارية مضمونة باشتراط الضمان أو كانت ذهباً أو فضة لعدم غروره حينئذ ، بل هو كذلك لو صدر منه ما يقتضي الضمان من تعد أو تفريط .

نعم لايرجع عليه الغاصب بعوض المنافع التي استوفاها المستعير بعنوان العارية لورجع عليه المالك لاقدامه عليها مجاناً، بل هو يرجع على المعير الغاصب لورجع المالك عليه بها لقاعدة الغرور .

أقول: ومن التعدي والتفريط ماإذا اعاره الغاصب شهراً ثم لم يرد المستعير المغصوب على الغاصب بعد الشهر وتلف عند ذلك في يده لعدم شمول قاعدة الغرور له ، ولايخفى ان العلم والجهل من باب المثال والافالمراد قيام الحجة وعدم قيام الحجة ، فاذا قامت البينة عند المستعير بالغصبية كفت في سقوط غروره .

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع أخيراً: أما لو كان عالماً كان ضامناً ، ولم يرجع على الغاصب، ولو اغرم الغاصب رجع على المستعير، ولو ادعى المستعير الجهل حتى يرفع الضمان عن نفسه والمعير علمه كان الاصل مع المستعير الا ان يثبت المعير ما ادعاه بالبينة ونحوها .

ومما تقدم ظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكرة،حيث قال: لو استعار من غير المالك عالماً أو جاهلا ضمن واستقر الضمان عليه،لان التلف حصل في يده، ولايرجع على المعير ، ولو رجع المالك على المعير كان للمعير الرجوع على المستعير » . لوضوح جريان قاعدة الغرور بالنسبة الى الجاهل فكون التلف حصل في يده لايوجب ضمانه بمعنى لايوجب استقرار الضمان عليه مطلقاً، وانما

هو كذلك في صورة علمه ، والا ففي صورة جهله يرجع على المعير ، كما انه ليس للمعير الرجوع على المستعير اذا كان المستعير جاهلا فيما اذا رجع المالك على المعير .

ولذا الذي ذكرناه قال في الرياض ممزوجاً مع المتن: ولو استعار من الغاصب مع العلم بالغصب ضمن كلا من المنفعة والعين مع التلف مطلقاً ، ولو لم تكن عارية مضمونة ، وكذا لو كان جاهلا لكن استقرار الضمان هنا على الغاصب الا اذا كانت مضمونة فيضمن العين خاصة وللمالك في المقامين الزام أيهما شاء بالعين التالفة وما استوفاه من العين، فان لزم المستعير كان له أن يرجع هو على المعير بما يغرم مع جهله لانه اذن في استيفائها بغير عوض عنها ، عن العين لو تلفت ولا كذلك مع علمه لاستقرار الضمان عليه بسببه فليس له الرجوع بما غرمه (الى ان قال) ولا خلاف في شيء من ذلك فيما أجده الا من الماتن في الشرائع والفاضل في القواعد فلم يجوزا رجوع المالك الى المستعير مع جهله .

ثم ان المسالك في صورة علم المستعير بالغصب قال : ان رجوع المالك على أيهما شاء فيما اذا تساوت قيمتها في ايديهما أو زادت في يد المستعير، أما لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بغصبه فلا يرجع به المالك على المستعير، فما يرجع به المالك على المستعير لا يرجع به الغاصب عليه لرجوع المالك عليه ابتداءاً ـ انتهى .

والوجه انه لو كانت القيمة في يد الغاصب أكثر من يد المستعير لم يكن وجه لرجوع المالك الى المستعير في التفاوت، وانما يرجع على المستعير بأصل القيمة وعلى الغاصب بالتفاوت ، أما على المستعير بأصل القيمة فلقاعدة على اليد[1]

(١) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ ـ

ومن أتلف ، وأما على الغاصب بالتفاوت لان التفاوت ذهب من كيس المالك بسبب الغاصب وعنده فيشمله قاعدة اليد وغيرها[1] ، وأما اذا كان في يد الغاصب أقل قيمة ؟ فان للمالك أن يرجع بالكل على المستعير أصلا وتفاوتاً ، لان الكل تلف في يد المستعير .

ومما ذكر يعلم انه لو كان التفاوت في القيمة بين بلدين لاجل التضخم والتنزل ، فالمالك اذا رجع الى بلد ارتفاع القيمة يأخذ المرتفع ، واذا رجع الى بلد انخفاض القيمة يأخذ المنخفض ، فاذا كان الغصب في بغداد وسلمه الغاصب الى المستعير في البصرة والقيمة في بغداد دينار وفي البصرة ديناران ، فان رجع الى من في بغداد أعطاه ديناراً ، وان رجع الى من في البصرة أعطاه دينارين ، لوضوح ان الدينار في بغداد يساوي الدينارين في البصرة وبالعكس وقد ذكرنا تفصيل ذلك في [كتاب الغصب] وانه لو رجع المالك على الغاصب بين البلدين ماذا يكون الحكم ؟ فلا داعي الى تكراره .

ثم اذا كان المستعير جاهلا حين الاستعارة ثم علم بالغصبية كان من أفراد العالم ، ولو انعكس بأن كان عالماً ثم جهل مثل ما اذا قامت البينة عنده ثم ظهر فسقهم كان من أفراد الجاهل ، والظاهر ان العلم الساري بعد التلف لا يوجب استقرار الضمان عليه ، أما الجهل الساري فلا يرفع الضمان ، لانه حين التلف لم يكن مغروراً ، فلا تشمله قاعدة الغرور .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١٠ ـ ١١ ـ ١٤ من كتاب الشهادات ح ٢

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائع : في العين المستعارة ، وهي كل مايصح الانتفاع به مع بقاء عينه كالثوب والدار .

أقول : وذلك لانه هـو مقتضى العارية فما يتلف عينه لايصح الاستعارة فيه على جهة تلف العين ، مثلا : قـد يستعير الماء لمجرد الارائة وقـد يستعير الماء للشرب . ففي الاول تصح العارية ، أما في الثاني فلا تصح .

ومنه يعلم صحة عارية الدينار والدرهم للتزيين بها او الارتهان أونحو ذلك والسيارة والطائرة وغيرها ، نعم سيأتي استعارة المنحة مما لايبعد أن يكون مثل استعارة الدار ملحقاً بها فيمن يستفيد من ماء البئر التي فيها ، الى غير ذلك .

قال في القواعد : شرط المستعار أن يكون منتفعاً به مع بقائه كالثوب للبس والدابة للركوب والارض للزرع والغرس والبناء دون الاطعمة ، فان منفعتها في استهلاكها ، والاقرب جواز اعارة الدراهم والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزين بها والضرب على طبعها .

وقال في التذكرة : المستعار له شرطان كونه منتفعاً به مع بقاء عينه واباحة المنفعة ، فكلما ينتفع بـه انتفاعاً محللا مـع بقاء عينه تصح اعارتـه كالعقارات والدواب والعبيد والثياب والاقمشة والامتعة والصفر والحلي والفحل للضراب والكلب للصيد ، واشباه ذلك بلا خلاف .

وفـي مفتاح الكرامة : ان غرض التذكـرة نفي الخلاف بين المسلمين ، وكذلك نقل نفي الخلاف عن الرياض ، وعن المبسوط يجوز استعارة الحيوان الذي فيه منفعة وهو اجماع .

أقول : ومنه يعلم انه لايصح اعارة أواني الذهب والفضة للاكل والشرب واعارة كلب الصيد للهو والطرب المحرم والا فليس كـل لهو وطرب محرم

شرعاً كما حقق في [كتاب المكاسب] وكذلك اعارة الجواري للاستمتاع بهن على مايأتي الكلام في ذلك .

وهكذا لايصح اعارة الحيوان لعمل محرم معه اذا كان تلك الخصوصيات من باب القيد ، وأما اذا كانت من باب الداعي فلا اشكال ، لان الداعي لايؤثر في الصحة والبطلان ، أما اذا كان على نحو الشرط ، فقد حقق في محله ان الشرط الفاسد ليس مفسداً ، وعليه يكون الشرط مثل الداعي من هذه الجهة .

ثم ان الرياض بعد كلامه السابق قال : لاخلاف في شيء من ذلك ولا اشكال الا في المقصود بقولهم : لايجوز اعارة ما لايمكن الانتفاع به الا لاتلافه ، فانه غيرواضح ان ظهرمن المعيرالرضا باتلاف العين بقوله : أعرتكه مع القرينة فان المعيار في جوازه هو رضاه به ، وقد حصل في محل الفرض ، وان هو حينئذ الا كالهبة والاباحة وان عبر عنهما بلفظ العارية و لا مدخل للفظ الفاسد معناه في اللغة والعرف .

نعم حيث لايعلم الرضا بالاتلاف الا به اتجه ما ذكروه لاشتراط استفادته منه بدلالته عليه ولوبالالتزام ، ودلالة لفظ العارية مجردة على الاتلاف فاسدة لعدم استنادها الى عرف أو لغة ، لان وضع العارية فيهما بحكم الوضع والتبادر انما هو لما يتم الانتفاع به مع بقاء عينه ، ولعل هذا مراد الاصحاب ـ انتهى .

وفيه : ان قولهم : انما هو في الاعارة المصطلحة التي دل عليها النص والفتوى والعرف فهي تنافي التصرف المتلف ،وان أراد جواز التصرف المتلف باجازة المالك وقصده فليس ذلك باعارة مصطلحة فلا يرد الاشكال على كلامهم بل حال المقام حال ما اذا أجاره وأجاز تلفه أو ضاربه وأجاز تلفه أو ماأشبه ذلك فهل مثل هذه الاجازات تنافي تعريف الاجارة والمضاربة ونحوهما ؟

ومما ذكرنـاه يظهر انه لاتصل النوبة الى الضمان المتأخر عما ذكـرناه ، فقول الجواهر في رد الرياض : قلت : يمكن أن يكون مرادهم ترتب الضمان على الاتلاف المزبـور وان كان بالاذن الا انها بعنوان العاريـة زعماً منه عموم موضوعها أو تشريعاً ، ودعوى كونه هبة أو اباحة وان كان الدفع بهذا العنوان واضحة البطلان الا أن ينصب قرينة على ارادتهما من اللفظ المزبور .

وقد ذكرنا سابقاً ان كثيراً من أفراد العقود يميزها القصد ، فمتى وقع منه بهذا العنوان والفرض عدم كونـه فرداً منه لم يجر عليه شيء مـن حكمه ، بل يجري عليه ماتقتضيه القواعد في مثله ـ انتهى .

محل نظر ، بالاضافة الى انه خلط بين عالم الاثبات وعالم الثبوت .

أما قول الجواهر أخيراً : نعم قد يتوقف في ضمانه من غير تعد ولاتفريط من قاعدة ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ومن خروجه عن أصل موضوع العارية حتى الفاسد ، ولعل الاخير هو الاقوى في النظر .

فلايخفى مافيه ، اذ لو أظهر المالك الرضا بالاتلاف وأقام على ذلك القرينة كان مشمولا للاستثناء في قوله عليه الصلاة والسلام : لايحل مال امرء الا بطيبة نفسه[(١)]. فان طيبة الناس المظهرة بالرضا كافية في عدم الضمان ، فلا حاجة الى قاعدة ما لايضمن بصحيحه في عدم الضمان ، وقد ذكر مفتاح الكرامة بعض كلام الرياض فراجعه .

ثم ان مرادهم مع بقاء عينه بقاء معظم العين عند الانتفاع بها والا فلا اشكال في ان مثل الثوب وما أشبه يسبب استعماله ذهاب بعضه ، لكنه لاينافي العارية .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١١٤ الباب ١٢ من صفات القاضي ح ٨ .

ومنه يعلم انه لو أعار الكر من الماء وما أشبه للتطهير والاغتسال والتوضي وما أشبه صح ، لان الذاهب منه بأمثال هذه الاستعمالات ليس شيئاً كثيراً ،وانما هـو كالذاهب مـن الثوب ونحوه بالاستعمال ، أما اعارة مثل المصباح المنير ونحوه فالظاهر صحته أيضاً ، فان الذي يذهب منه من النفط ونحوه انما هـو مثل ما يذهب من المنحة من اللبن ومن الدار من باب البئر ونحوهما .

والحاصل: ان الاعارة أمر عرفي قرره الشارع ، فكل مورد يـرى العرف صحة الاعارة فيه تصح .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع: وتصح استعارة الارض للزراعة والغرس والبناء، ويقتصر المستعير على القدر المأذون فيه، وقيل يجوز ان يستبيح مادونه في الضرر كأن يستعير أرضاً للغرس فيزرع والاول أشبه .

أقول :كما تصح استعارة الارض لما ذكره كذلك ، تصح استعارة الارض لحفر البئر والقناة والساقية ونصب المنارة ومأشبه، وكذا تصح استعارتها لجعلها مخزناً أوموقفاً للسيارات أومحلا للسفن أونحو ذلك ، ومقتضى القاعدة بالنسبة الى الاقوى والمساوى والادون انه كلماكان اللفظ شاملاله ولو بالارتكاز صح ، وكل ما لم يشمله اللفظ ولو بالارتكاز لم يصح ، ولعل الخلاف بين الفقهاء في المساوي والادون والاقوى من باب النزاع اللفظي ، اذ لادليل خاص في المسألة .

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولواذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي والادون لا الاضر ، أما عدم جواز التخطى الى الاضر فقد اتفقت عليه الفتاوى من دون خلاف أصلاً، وأما جواز التخطى الى المساوي والادون فهو صريح التذكرة والتحرير واليه مال أو به قال المقدس الاردبيلي وصريح المبسوط والغنية والسرائروالرياض في جوازالتخطىالى الادونوهو قضية كلام المبسوط في المساوي، وفي المبسوط انه لواذن له فيالغرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلاخلاف وهو يقضي بنفيه هنا أيضاً .

وفيجامع المقاصد ان ظاهر كلامهم ان الحكم بجوازالتخطىالىالمساوى والادون اجماعي والا فهو مشكل ، والمنع فيهما أيضاً ظاهر الارشاد واللمعة وصريح الروضة والمسالك والكفاية وصاحب الرياض منع المساوى وأجاز الادون ولاترجيح في المفاتيح ـ انتهى كلام مفتاح الكرامة .

أقول: حيث لااجماع في المسألة حتى بالنسبة الى الاضر فيما اذا فهم من اللفظ بحسب الارتكازلم يكن وجه للتفصيلات المذكورة،وانما المعيار ماذكرناه ولذا قال في الجواهر:« ان القواعد تقتضي عدم جواز التعدي عن غير المأذون، وان كان أدون أومساوياً بعد فرض عدم حضوره في الذهن عند الاذن ، ودعوى الانتقال اليه من الاذن في المعين للمساوات أوالاولوية واضحة المنع ، فان المساوات في الانتفاع بالنسبة الى الارض أو الدون لا تقتضي المساوات في الاذن كماهوواضح .

نعم لوأريد من التعيين التقدير في الاذن في المنفعة ولوبالقرينة اتجة حينئذ التخطى والا فلا، من غير فرق بين المساوي والادنى ».

وقد عرفت ان القاعدة اضافة والافوى اذ لافرق بين الثلاثة في شمول اللفظ ولوارتكازاً وعدم شمولها ولوارتكازاً،وكأنهم رأوا ان الاضر غير مشمول اطلاقاً، ولذا لم يذكروه ، أما اذا لم يشمل أحد الثلاثة اللفظ فانه ليس من العارية في شيء، وان علم الانسان ان المعير راض بالعمل به، فان العمل بذلك من باب الرضا لامن باب الاعارة .

والحاصل: انه فرق بين الرضا المقترن بالقرينة الموجبة لدخول الثلاثة في العارية والرضا بدون ذلك حيث يكون الثاني من قبيل رضى الصديق بدخول الصديق داره أوماأشبه، ولايعد ذلك من العارية التي هي عقد من العقود ، ومن ذلك يعرف انه لولم يكن الرضا ولم يكن داخلا في العقد وتصرف بأحد الثلاثة كان عليه الاجرة للمالك لانه تصرف غير مأذون فيه، فيشمله دليل لايتوى وعلى اليد ونحوهما، ومثل ذلك لواستعار الدابة فأعارها له للحمل فربطها بالناعور أو الرحى أوماأشبه ذلك ، فان له عليه الاجرة .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال بعد نقل كلامهم: « قلت ينبغي عدم التأمل في جواز التخطى الى الادون للاولوية العرفية ولايقدح فيها اختلاف الاغراض مع الجهل بأن المقصود من التعيين هو الخصوصية ومراعاة ذلك في عدم الاخذ بالاولوية في المسألة يوجب انسداد باب اثبات الاحكام الشرعية بها ولم يقولوا به .

نعم لو علم قصد الخصوصية بالنهي عنه كما يأتي اتجه المنع، وأما في المساوي فلايبعد الجواز، لان العرف يقضي بعدم التضييق في مثل ذلك ، اذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعين غالباً ، ويشهد له قولهم في الدابة المستأجرة بجواز اركاب المساوى لما اجارتها له، ولعله لااشكال مع القرينة بأن المقصود غير متعلق بالمعين فليتأمل » .

ثم ان القواعد قال: ولو اذن في زرع الحنطة تخطى الى المساوي والادون لا الاضر ، ولو نهاه حرم وعليه الاجرة لو فعله والاقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لاالطلاق ، وقد نقل هذا مفتاح الكرامة عن الايضاح والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض، وعلل الفرق بأنه قد أسقط عنه التلف الحاصل بزرع الحنطة بغير عوض فالزائد هو المضمون خاصة لانه غير المأذون، وهذا لايقضي بالاسقاط مع التصريح بالنهي .

وبعبارة اخرى انه مع عدم النهي عن التخطى استفاد بالاذن في الزرع المخصوص استفادة المنفعة المخصوصة في ضمن أي فرد كان فحيث يخطى الى الاضر كان مقدار منفعة المأذون مباحاً له خاصة فيضمن الزائد فقط، لكن لايخفى مافي الفرق المذكور، ولذا قال في الجواهر: في رد القواعد فيه ان التخطى فى الحالين غير مأذون فيه أقصاه انه فى أحديهما نص على المنع، وفى الاخرى جاء

المنع من أصل الشرع، فهو كمن استوفي منفعة ملك غيره بغير اذنه أومع نهيه بالنسبة الى استحقاق الاجرة .

أقول: بل يمكن أن يقال: بأن النهي فى كليهما من المالك، منتهى الامر النهى فى صورة النص منصوص، وفى غير صورة النص على القاعدة الاولية، فان كل مالك لايجوز التصرف فى أمواله مطلقاً الا ما أخرجه بنص ونحوه، وحيث لم يكن نص كان داخلافى القاعدة الاولية المالكية، والشارع انما قرر الملكية المالكية لانه أتى بشيء جديد، وكأن الجواهر أخذ ماذكره من المحقق والشهيد الثانيين على مانقله مفتاح الكرامة، ثم قال: وهو خيرة الكفاية على تأمل له والرياض وظاهر الروضة .

ومما تقدم علم عدم الفرق بين التخطى الى الاضر أوالمساوي أو الاقل ، لانه لافرق في كل ذلك على ماتقدم، ثم ان القواعد قال، بخلاف حمل الاكثر، وقال فى مفتاح الكرامة اي اذا اذن له فى تحميل الدابة قدراً معيناً فزاد عليه ، فانه يضمن اجرة الزائد قولا واحداً كما في جامع المقاصد، ويتحقق اسقاط قدر المأذون فيه قطعاً كما في الحواشي والمسالك، وعليه نص فى الروضة والكفاية والرياض، لان المأذون فيه بعض المنفعة التي استوفاها ولاأجر له بخلاف النوع المخالف ـ انتهى .

وفيه تأمل واضح، اذ المعيار قدر اجازة المالك، فانه قد يجيز الاقل بشرط لا، وقد يجيز الاقل لابشرط، فاذا كانت الاجازة فى الاقل بشرط لا ، لامعنى لكونه مجيزاً للاقل فى ضمن الاكثر فيكون على المستعير التفاوت فقط، بل ينبغي ان يكون عليه كل الاجرة، ولذا قال فى الجواهر: ان السقوط لاجرة قدر المأذون لايخلو أيضاً من نظر ضرورة ظهور تقييد الاذن فى الاقل بعدم دخوله فى ضمن

الأكثر فيستحق حينئذ اجـرة الجميع والاولى جعل المدار علـى ما يفهم مـن العبارة ، ولعله مختلف ، والاصل اختصاص الغرامة للزائد وهو مراد الجماعة ـ انتهى .

لكنك قد عرفت ان ما جعله الاولى هو المتعين لاما تقدم على الاولى مـن اطلاق اجرة الجميع ، ومما تقدم ظهر حال مـا اذا أجاز له ان يركب فركب واركب أو حمل أو أجاز له ان يحمل فحمل وركب أو اركب أو ما أشبه ذلك وكذلك حال ما اذا أجاز له حمل شيء معين فحمل شيئاً آخر أضر أو أنفع أو مساو،اذ بعض الاحمال يؤذي الحيوان بينما بعض الاحمال ينفع الحيوان فتحميله الماء في الشتاء يوجب ضرره بينما تحميله الماء في الصيف يوجب نفعه ، الى غير ذلك من الامثلة .

وقد أشار الى بعض ذلك مفتاح الكرامة، حيث قال:ومثله ما لوزرع المأذون وغيره وما لو ركبها واردف غيره، وتبعه الجواهر، ومنه يعلم حال ما اذا بعّض مثلا استعار دابة زيد للسفر من النجف الى كربلا بأن يركبها فركبها نصف الطريق وأركبها غيره نصف الطريق معه أو بدونه أو حملها أو ما أشبه ذلك ، فانه اذا كان مقيداً كان عليه كل الأجرة ، وان كان مطلقاً ، أي غير مقيد كان عليه بعض الأجرة مثلا اذا قيده بأن يسافر من كربلاء الى النجف بنفسه على الدابة حتى انه اذا لم يركب بعض الطريق عليها كان له كل الاجرة كان عليه كل الاجرة ، وان لم يكن التقييد كان عليه بعض الاجرة .

واذا اعاره الارض اعارة ان لايستعملها أو الدابة ان لايركب أو يحمل عليها فاستعملها أو ركبها كان عليه الاجرة ، ولـو انعكس بأن اعاره الدابة أو الارض ليزرعها ويركبها أو يحملها فلم يفعل ، فالظاهر ان عليه الاجرة اذ حاله حال من

غصب دابـة أو أرض غيره ولـم يستعملها ، فان الغاصب عليه اجرة مافات من منافع المغصوب ، ولو لم يستفد الغاصب منه .

ومما تقدم ظهر حكم أمثال تلك الامور ، كما اذا استعار حوض ماء للاغتسال فيه فلم يستعمله في الاغتسال ، أما بأن لم يستعلمه أصلا أو استعمله باغتسال غيره أو بغسل الاواني فيه أو مـا أشبه ذلك ، وكذلك حـال استعارة السفينة والسيارة والطائرة والقطار وما أشبه .

أما لـو استعار منه المصباح للاستنارة به فقط فاستنار هو وغيره به أو لـم يستنر ، فمقتضى القاعدة أن كل ما يعد في العرف ملكاً لصاحب المصباح يكون خلافه غصباً بخلاف ما لايكون ملكاً لصاحب المصباح من استنارة الغير ، وكذلك استبراد الغير بسبب المبردة ، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب احياء الموات] .

(مسألة ـ ٨ ـ) قال في الشرائع : وكذا يجوز استعارة كل حيوان له منفعة كفحل الضراب والكلب والسنور والعبد للخدمة والمملوكة ولو كان المستعير أجنبياً منها .

أقول : وذلك هو مقتضى القاعدة لاطلاق أدلة العارية بعدكون عارية هذه الامور عرفية ،وكثيراً ماتكون فيهامنافع غيرالاقتناء أيضاً ولايضرفي استعارة فحل الضراب اتلاف عين مائة لانه من التوابع للنزو وادخال الفرج ونحوهما التي لاتقدح،أو علم بالسيرة جوازها كما في الجواهر والكلب فائدته الحراسة ونحوها والسنور فائدته اصطياد الحشرات .

قال في الجواهر:بعد ذكرالكلب والسنور وغيرهما من الحيوانات المملوكة وان لم يكن لهامنفعة يصح التكسب بها ضرورة وضوح الفرق بين سفه التكسب والاباحة بلاعوض .

أقول: وقد ذكرنا في باب المكاسب انه يصح التكسب بمثل الكلب والسنور لعدم السفه، ومما تقدم يعلم الكلام في التعدي ،كما اذا استعار الكلب للاصطياد فاستخدمه في الحراسة أوبالعكس أوفيهما أواستعاره للاصطياد كل يوم مرة فاستعمله كل يوم مرتين أو لم يستعمله لوحدة الملاك في الجميع .

ثم الظاهر صحة استعارة الديكة والاكبش ونحوها لاجل المصارعة فانها منفعة محللة شرعاً اذا لم يكن من القسم الحرام فيجوز الاستعارة والاستجارة لاجلها ، أما استعارة الحيوان لاجل ان يكون منزياً عليها بسبب حيوانه، فان عد منفعة عقلائية جاز، وان لم يعدلم تصح الاستعارة، مثلا دابته اذا لم تنز على الانثى سبب لها المرض مما يبيح استعارة الانثى لاجل ذلك ، الى غير ذلك من الامثلة فان أخطأ النازي مما سبب شروخاً في الانثى رجع الامر الى كونه تعدياً وتفريطاً في الضمان وعدمه .

(مسألة ـ ٩ ـ) قال في الشرائع: ويجوز استعارة الشاة للحلب وهي المنحة، وفي الجواهر: لاخلاف ظاهراً فيه كما اعترف به بعضهم ، بل عن بعض متأخرى المتأخرين الاجماع عليه ، وفى مفتاح الكرامة عند قول العلامة : واستعارة الشاة للحلب اجماعاً كما في المسالك على تأمل له في تحققه ومجمع البرهان والمفاتيح وفي موضع آخر من مجمع البرهان كأنه لاخلاف فيه ، وفـى الكفاية وموضع آخر من مجمع البرهان الظاهر انـه لاخلاف فيه ، وقد أخـذه جماعة من باب الاجارة مسلماً ، وظاهرهم انه اجماعي وبالحكم صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامـع المقاصد والمسالك والكفايـة ومجمع البرهان ـ انتهى .

والظاهر انه هـو مقتضى القاعدة ، لان اللبن حاله حال المنى في استعارة فحل الضراب،فلا فرق بينهما، فان العرف يرى استعارتهما للامرين المذكورين كما تقدم في استعارة الدار واستعمال ماء بئرها .

ولا يقال : ان العين حيث تذهب لايكون الامر من الاستعارة ، اذ لما رآه العرف كذلك شمله الدليل الشرعي .

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر قال: ان تم الاجماع كان حجة في مخالفة الضابط السابق لا الاصل المقطوع بما سمعت ، ولاتسلط الناس على أموالها الذي لايقتضي مشروعية العارية، ولا كونه كالوكالة في الانتفاع ولا الحاجة اليها كي يناسب شرعها سهولـة الملة وسماحتها ولاغير ذلك مما ذكر في كلام بعض متأخري المتأخرين مما لايصح لاثبـات مشروعيتها عارية المنافي للضابط السابق ، بناءاً على ان المنفعة اذا كانت عيناً لانبطل ، وان سميت منفعة ، وصح تسجيلها في الوقف الا ان مورد الاجارة والعارية ما ليس بعين من المنافع الا ما

خرج بالدليل للاجماع بحسب الظاهر على ذلك، ولانه المتيقن من النص والفتوى وحينئذ فلابد لعارية المنحة من دليل وليس الا الاجماع ان تم ، اذ لم نجد في شيء من نصوصنا الدلالة عليها .

نعم في التذكرة الاستدلال عليها بما عن النبي ﷺ العارية مؤدات والمنحة مردودة والدين يقضي والغريم غارم،(١) وهو مع انه من طرق العامة لادلالة فيه الا على مشروعية المنحة التي يمكن استفادتها من السيرة المستقيمة أيضاً وهو لا يقتضي كونها عارية ، بل لعله ضرب من الاباحة ، بل لعل الخبر المزبور ظاهر في كونها ليست من العارية ـ انتهى .

فان بعض ماذكره وان كان صحيحاً الا ان ماذكرناه من الدليل كاف لعدم الاحتياج الى الاجماع، والاجماع يكون مؤيداً له، وقد روي هذه الرواية غوالي اللئالي عن أبي امامة الباهلي ، عن النبي ﷺ انه خطب يوم فتح مكة فقال : العارية مردودة والمنحة مردودة والدين مقضى والزعيم غارم(٢) ، ولادلالة على ان العلامة أو غيره نقلها عن كتب العامة كما قاله الجواهر ، لانهم كانوا قادرين على مالم نقدر عليه من الروايات ، ولاظهور في الخبر على كون المنحة ليست من العارية ، لان تعارف شيء يوجب التنصيص عليه ، فهو من ذكر الخاص بعد العام ، فجعله قسماً من الاباحة غير ظاهر .

ومنه يعلم انه يمكن التعدي من المنحة الى ماأشبه، مثل استعارة الحيوانات الاخر للاستحلاب أو للتبييض والاستفراخ أو للبن والصوف والشعر والوبر وما أشبه، بل وكذلك استعارة الامة للارضاع، ولذا قال في القواعد عطفاً على عبارته

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٤٩١ الباب ٢ من أبواب الضمان ح ٢ .
(٢) العوالي ج ٣ ص ٢٤١ باب الضمان ح (١) .

السابقة : وكذا غيرها .

وعن التذكرة انـه قال : تجوز اعارة الغنم للصوف والشعر ، ثـم استدل عليه بأن الحكمة تقتضيه ، وبالرواية المتقدمة عن النبي ﷺ ، وبمارواه الحلبي في الحسن ، عن الصادق عليه السلام في الـرجل يكون له الغنم يعطيها بضريبـة سمناً شيئاً معلوماً أو دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا ؟ قال: لابأس بالدراهم ولست أحب أن يكون بالسمن[1].

وعن عبدالله بن سنان في الصحيح ، انه سأل الصادق عليه الصلاة والسلام عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودراهم معلومـة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر ؟ قال : لابأس بالدراهم فأما السمن فلاأحب ذلك الا أن تكون حوالب فلا بأس[2]، قال : واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه أولى .

والظاهر ان مراد العلامة انه اذا جاز اعطاء الغنم في قبال أن يأخذ مالاجاز اعطائه بدون أن يأخذ مالا بطريق أولى والاعطاء كذلك هو العارية، وليس مراده ماعن مجمع البرهان حيث قال : ان مـراده انه اذا جاز جعل اللبن عوضاً لعمل الراعي من الرعى والحفظ فأعطائه بلاعوض يكون جائزاً بالطريق الاولى أو ما قاله مفتاح الكرامة :« من ان مراده اذا جاز اعطاء اللبن بالسمن والدراهم فاعطائه بدون ذلك أولى والاولوية التي ذكرناها مراداً للعلامة لايبعد فهم العرف اياها من الرواية خصوصاً ومصارف العارية غالباً على المستعير، وان صح أن تكون مصارفها على المعير، كما اذاكانت الدار المستعارة يصرفها عليها المعير لاالمستعير.

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٦٠ باب ٩ من أبواب عقد البيع وشروطه ح ٤ .

وكذلك بالنسبة الى الدابة المستعارة يعلفها المعير دون المستعير ، الى غير ذلك من الامثلة ، فجعل الجواهر استدلال العلامة بالروايتين أغرب ، محل تأمل كما ان قوله بعد ذلك ، وأغرب من ذلك ماعن الغنية في باب الهبة ، ومن منح غيره بقرة أو ناقة أو شاة لينتفع بلبنها مدة لزمه الوفاء بذلك اذا قصد بها وجه الله تعالى شأنـه ، اذ هو كما ترى لايدخل في الهبة قربـة الى الله تعالى لتجدد الحلب آناً فآناً ،كما لادليل على لزومها منحة أو عارية مالم يكن ملزم خارجي من عهد أو نذر أو يمين أو اشتراط في عقد لازم كما هو واضح » .

محل تأمل أيضاً، اذ قوله عليه الصلاة والسلام: ماكان لله فلارجعة فيه يشمل مثل ذلك عرفاً ، فان التجدد آناً فآناً داخل في الملك كما يدخل فيه تجدد الماء في العين أو البئر وتجدد الثمر وماأشبه .

وكيف كان ، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في قول الرياض ، ويستثنى من مورد المنع حيث يثبت المنحة بالكسر وهي الشاة المعارة للانتفاع بلبنها ،وقد أجمعوا عليه كما في المسالك والتذكرة وغيرهما من كتب الجماعة وهو الحجة دون الروايـة لضعفها ، ثم منهم من اقتص على المجمع عليه ، ومنهم من عدى الحكم الى غير الشاة من الانعام ، ومن غير الانعام والى غير اللبن من الصوف والشعر والاول أظهر، ولعله مختار الاكثر اقتصاراً فيما خالف الاصل على المتيقن ــ انتهى .

اذ قد عرفت ان الاصل من العرف الذين يرون صحة العارية في مثل ذلك كله ، ولايبعد أن يكون مرادهم من الشاة الاعم من الضأن والمعز لاطلاق الشاة على ذلك كله، بالاضافة الى انه يمكن التمسك بالمناط اذا خصصنا الشاة بالضأن ولو أعاره الشاة قبل أن تدر اللبن فدرت كان المتبع قصد المعير .

وعلى أي حال، تصح اعارة النخلة والزيتونة والتينة والتوتة وسائر الاشجار التي ينتفع بأثمارها وأوراقها وأخشابها، وكذلك اعارة النحل ودود القزوغيرها وان كل ذلك تسمى منفعة عرفاً ، وان كانت فيها الاعيان أيضاً ، بل حتى لو سلم انها ليست عارية لها أحكامها فهي عقد عقلائي يشمله أوفوا بالعقود[1]، كما ذكرنا شبه ذلك في أواخر الشرح وذكره جملة آخرون من الفقهاء .

وفي مفتاح الكرامة :« تصح اعارة النخل والزيتون والتين والتوت وغيرها من الاشجار التي ينتفع بأثمارها أو أوراقها ، لان العارية اباحة النخلة ، فان لم تسمه عارية فبأي عقد تدخلها ، بل تصح استعارة الجارية للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك ، وقد يقال : انها نوع اباحة على حدة كما فيما لو قاطعه على اللبن مدة معينة بعوض معلوم فانهم قالوا انها ليست بيعاً ولااجارة ، بل نوع معاوضة ومراضات سائغة غير لازمة» .

وكذلك تصح اعارة الاشجار التي ينتفع بصمغها واعارة الجبل ومـا أشبه الذي ينتفع بالمواد المذابة منه ، الى غير ذلك مما يرى العرف انه داخل في العارية ، ولعل كل ذلك مشمول لقول العلامة: (وكذا غيرها) حيث قال : «تجوز استعارة الفحل للضراب والكلب المصيد والسنور والفهد واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده ، وكذا غيرها » .

أما قوله: وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده فلان ذلك مقتضى العارية، حيث انها عقد جائز، ولادليل على ان اللبن بمجرد الحلب ينتقل الى ملك المستعير، وينبغي أن يكون كذلك حال سائر الفوائد في غير المنحة .

---

(١) المائدة : آية / ١ .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع : وتصح الاعارة مطلقة ومدة معينة وللمالك الرجوع .

أقول: ذلك لاطلاق أدلة العارية فتصح العارية مطلقة ومدة معينة كما تجوز تحديدها ببعض التحديدات الاخر ، مثل الى مجيء الحاج أو ظهور الثمرة أو ماأشبه اذا لم يكن غرراً، أما الاعارة مادام الحياة : حياة المعير أو المستعير أو المستعار ، فان لم يوجب الغرر عرفاً فلابأس به ، وان أوجب ذلك بطلت من حيث نهى النبي ﷺ عن الغرر[1] . وعلى أي حال ، فللمالك الرجوع ، كما ان للمستعير الرجوع لانها عقد جائز على ماتقدم تفصيله .

ثم قال الشرائع : ولو اذن له في البناء أو الغرس ثم أمره بالازالة وجبت الاجابة ، وكذا في الزرع ولو قبل ادراكه على الاشبه وعلى الاذن الارش ، وليس له المطالبة من دون الارش .

وفي القواعد : ولو رجع بعد البناء أو الغرس أو الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس أو الزرع ، ولو قبل ادراكه .

وفي مفتاح الكرامة : وكذا ارش البناء وتركه اكتفاءاً ببيان حكم الزرع والغرس كما صرح بجميع ذلك الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك، وكما صرح بالاجابة مع دفع الارش في الغرس في الخلاف، وفيه : انا أجمعنا على ان له قلعه مع الضمان وكما صرح بذلك في السرائر في الغرس والبناء، وصرح بذلك في الزرع والغرس في الارشاد وكما هو ظاهر المختلف في الزرع، ولو قبل ادراكه ونحوه ما في شرح الارشاد لولده، وعن الايضاح ان الخلاف

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ .

في المقام في مسألتين أحديهما في البناء والغرس ، فان العارية لهما انلم تكن الى أمد جاز الرجوع فيها اجماعاً ، وان كان الى مدة .

قال ابن الجنيد: لايجوز قبل انقضائها، والثانية في الزرع ، قال الشيخوابن ادريس : ليس له قلعه قبل ادراكه ، وان دفع الارش ، لان له وقتاً ينتهي اليه ـ انتهى، وعن المبسوط انه اذا أذن له في الغرس ولم يعين له مدة فغرس كانله المطالبة بالقلع اذا دفع الارش، وقال : اذا أذن له الى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلاخلاف .

أقول : مقتضى القاعدة هو ماذكره المشهور من ان لكل منهما الحق في القلع والازالة ولو تضرر الاخر لانه مقتضى جواز العقد فلايجب على المعير ابقاء البناء والغرس باجرة كمالايجب على المستعير ابقائهمافيما اذا تضرر المعير بالقلع واذا أمر المعير بالقلع وتضرر المستعير لم يجب عليه الارش ، لان كلا منهما أقدم على ضرر نفسه بعد علمه بأن عقد الاستعارة عقد جائز يجوز للطرف الاخر فسخه ، فهو كما اذا وضع المستعير في الدار المستعارة اثاثه حيث انه اذا أمر المعير باخلائها بأن فسخ العارية أوجب على المستعير ضرر الحمل والنقل أو الكسر أو ماأشبه واحتمال كون الارش على الاذن لادليل قطعي عليه .

ومنه يعلم ان قول الجواهر : «انما الكلام في حكم الغرس والبناء والزرع بعد فسخها ضرورة رجوع الامر حينئذ الى تزاحم الحقوق اذ المستعير ليس ظالماًفي عرقه وقاعدة لاضرر ولا ضرار جارية في المقام بالنسبة اليهما معاً فاحتمال تسلط المعير على الازالة مطلقاً بلاارش للاصل ، ولان المستعير هو الذي أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية التي يجوز فسخها في كل وقت ، لايخفى عليك مافيه لانقطاع الاصل بما عرفت من القاعدة والاقدام على العارية أعم من

الاقدام على الضرر المبني على اقتضاء التسلط بفسخها على ذلك ، وهل هو الا مصادرة» .

محل نظر، اذ حق المعير مقدم لانه ملكه فهو كما مثلنا من أمره بنقل اثاثه من داره ، والمستعير ظالم في عرقه بعد أمره بالازالة ، ولاتلازم بين عدم ظلمه أولا عند وجود العارية وبين ظلمه بعد فسخها ان ابقى فالاصل لم ينقطع وليس الاقدام على العارية أعم بل هو اقدام على الضرر لتضرره اذا أمره بالاخلاء فأين المصادرة ، وكأنه لذا أستشكل فيه العلامة وولده والشهيد« من انه بناء وغرس محترم صدر بأذن فلايجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه، ومن ان المستعير قد أدخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتخريب في أي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل برائة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه ، بل اصالة البرائة مطلقاً » .

ومن الواضح ضعف دليل الاول، وان كونه بناءاً وغرساً محترماً صدر باذن لاينافي ان للمعير اخلاء ملكه منهما على ماذكرنا، نعم يلزم أن لايكون تبذيراً واسرافاً لانه محرم شرعاً فحاله حال ماذا أراد مالك السفينة اخلاء سفينته المستعارة في وسط البحر، حيث يلزم منه القاء الانسان أو الحيوان أو المال مثلا في البحر ، فانه لايجوز ذلك، وانما له الاجرة جمعاً بين حق المالك وحرمة الاخلاء .

أمّا موثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه الصلاة والسلام ، فى رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً و فواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار بذلك ؟ فقال : عليه الكري ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل فيعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك ، وان لم يكن

استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الغرس والزرع ويقلعه ويذهب به حيث يشاء[(١)].

ففي الجواهر: «انه لم أجد به عاملا عدا ما عن المبسوط من اجبار الغارس على القبول مع دفع القيمة مع انــه مضطرب لانه على مافي الكافي بعد قولــه فيعطيه الغارس وان كان استأمره فعليه الكري وله الغرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث يشاء، وحينئذ يكون دالا على ان لصاحب الارض المغصوبــة تملك ما زرعه الغاصب فيها وغرسه كما عن أبي علي (رحمه الله) ولاريب في منافاته حينئذ لاصول المذهب وقواعده».

وان كان مقتضى القاعدة انه ان كان القلع بدون الاسراف وجب لانه ايصال حق كل واحد منهما اليه، وان كان مع الاسراف قوم وأعطى للغارس القيمة لانه جمع بين الحقين، وحيث ان في التقويم التفكيك كما في كل مشترك قدم على أن يبقــى الغرس للغارس مع الزامــه اعطاء الاجرة للمالــك من غير فرق في الصورتين بين ان كان استأمره أو لم يستأمره، اللهــم الا أن يتكلف في تطبيق الموثقة على القواعد: وهو مشكل، وقد ذكرنا في [كتاب الغصب] بعض تفصيل الكلام في ذلك والله سبحانه العالم.

ثم الظاهر من الشرائع عدم التسلط على الازالــة الا بعد دفع الارش لانه قال: وعلى الاذن الارش وليس له المطالبة بالازالــة من دون الارش، فانه لو أراد الشرائع ماذكره الجواهر في تفسير كلامه كانت الجملة الثانية تكراراً للجملة الاولى.

قال في الجواهر: «يمكن ارادة المصنف عدم السلطنة لــه على المطالبة

---

(١) الوسائل: ج ١٣ ص ٢٨٢ الباب ٢٣ من أبواب الإجارة ح ١.

بازالته مجاناً ، وليس هو بصدد سبق الدفع وتأخره ومقارنته ضرورة كون ذلك من الاحكام لا المعاوضات بمعنى تسلط المعير على طلب الازالـة من المستعير وعليه الارش فلكل منهما حق على الاخر لامدخلية له فيه، وعصيان أحدهما فيه لايقتضي الجواز للاخر ، وكلام المصنف وماشابهـه انما هو في عدم استحقاق الازالـة بدون استحقاق الارش لابدون سبق دفع الارش الذي لم‌يقم عليه دليل معتبر، بل لعل ظاهر الادلة خلافه، والامور الاعتبارية مع انها غيرتامة لاتصلح لان تكون مدركاً شرعياً » .

فان‌كلامه وان‌كان صحيحاً ، اذ لادليل على تقديم أحد الامرين على الاخر الا ان الكلام في ظاهر ماذكره الشرائع، والمسالك استظهرماذكرناه ، وان‌كان في دليلـه الذي ذكره لكلام الشرائـع نظر لانـه أقرب شيء الى الاستحسان ، حيث قال في المسالك: لاتجب اجابته الى القلع قبل دفعه وان بذلـه لاحتمال تعذر الرجوع عليه بافلاس أو غيبة ونحوهما فيضيع حق المستعير، ويلزم الضرر بخلاف مالو دفع أولا ، فان غايته أن يهرب المستعيـر أو يتعذر مباشرته للقلع فيباشره المعير باذن الحاكم مع امكانه أو لامعه مع تعذره وتعذر اذن المالك فلا يحصل الضرر .

ثم قال: لكن هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شأنها انهما مع الاختلاف يجبران علـى التقابض معاً من غير أن يسبق أحدهما الاخر ، وانما حكـم هنا بسبق دفع الارش، لان المعيـة غيرممكنة ، وفي بسط الدفع على الاجزاء حرج وعسر والضرر عن الدافع مندفـع بخلاف العكس ، فلذلك حكموا بتقدمه ـ انتهى .

مع ان في ماذكره من العلة نظراً لامكان وجوه أخر كأخذ الكفيل والعسر والحرج أخص من المدعى .

ومماتقدم علم بأنـه لوأمكن القلع بدون الاسراف قدم على شراء المالك من الغارس جبراً أو ابقاء الغارس له في أرضه بالاجرة جبراً لانهما خلاف تسلط الناس على أموالهم، وان كان في القلع اسراف حيث المحذور الشرعي فالاشتراء الجبري مقدم لماتقدم من ان أكثرية الحق له ، فاذا دار بينهما قدم حق من لـه أكثرية الحق لان سلطته أوسع فتأمل .

قال في القواعد: «والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة أو الابقاء بالاجرة على التراضي » .

والظاهر ان الامر ليس دائراً بينهما فقط ، وانما ذكرهما القواعد من باب المثال والا فيمكن الصلح أو الهبة المعوضة أو ماأشبه ذلك .

وعلى أي حال، فقد قال في مفتاح الكرامة عند قوله: والاقرب توقف تملك الغرس بالقيمة : هو خيرة التذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد والمخالف الشيخ في المبسوط قال: وان قال المعير: انا أغرم لك قيمتها فطالبه بأخذ القيمة كان ذلك له واجبر المستعير على قبضها لانه لاضرر عليه ، وحكى مثله عن أبي علي فيما اذاكانت الاعارة غير موقتة ويأتي للمصنف في باب الاجارة موافقة المبسوط ، وقد استدل عليه في مزارعة الخلاف بالاجماع والاخبار ، ومفهوم الخبر المشهور ليس لعرق ظالم حق وبخبر عائشة .

ثم قال مفتاح الكرامة عند قول العلامة : أو الابقاء بالاجرة على التراضي اجماعاً كمافي الايضاح .

وفي التحرير:« لوقال المستعير:انا أدفع قيمة الارض لم يلزم المالك اجابته

اجماعاً، ولعله لماتقدم، ولان الارض أصل والغرس والبناء تابعان وينبغي التأمل في وجه درجه تحت الاقرب مع انه اجماعي » .

ثم الظاهر ماذكره المسالك حيث قال[١] : «وهل يعتبر فيه (أي في البقاء) مجاناً أو بأجرة كلام الشيخ صريح في الاول وهو الظاهر من كلام المصنف والجماعة مع احتمال اعتبار الثاني ، بل اختاره بعد ذلك وحكاه عن التذكرة قال : لان جواز الرجوع في العارية لامعنى له الا ان تكون منفعة الارض ملكاً لصاحبها لا حق لغيره في فيها، وحينئذ فلايستحق الابقاء فيها الا برضاه بالاجرة وحق المستعير يجبر بالارش ،كما ان حق المعير يجبر بالتسلط على القلع وبأخذ الاجرة لو اتفقا على ابقائها».

فمثلا : ان الشجر اذا بقى هناك باجرة كانت قيمته عشرة بينما لو بقى بدون اجرة كانت قيمته عشرين، فحيث انه لاحق للغارس في الابقاء بدون اجرة لوحظ قيمته عشرة، فاذا قلع واذهب القلع نصف القيمة ،لان صارت قيمته خمسة اعطاه مالك الارض خمسة لاخمسة عشر .

ولايخفى ان البقاء باجرة يساوق عدم الحق في البقاء فاشكال الجواهر على المسالك غير ظاهر، حيث قال عليه قلنا:« انه لاوجه لاعتبار البقاء مجاناً أو بالاجرة في التقويم بعد فرض عدم استحقاق شيء منهما لذي الغرس أو البناء ، بل هو في بعض الافراد كمال الضرر على المعير خصوصاً مع ملاحظة البقاء مجاناً في التقويم فالمتجه حينئذ ان المراد بالارش هو تفاوت حالي الشجرة بالقلع وعدمه ان كان ونقص آلات البناء بسبب الهدم بمعنى ضمان نقصها الحاصل بالقلع و الهدم من حيث كونه قلعاً وهدما من غير ملاحظة البقاء مغروساً ومبنياً الذي هوغير مستحق المستعير لامجاناً ولاباجرة ».

اذ كلامه عليه لايزيد على تغيير عبارة بعبارة اخرى ، بل اللحاظ العرفي هو ما ذكره المسالك مثلا الاجر والاخشاب لها ثلاث اعتبارات :

الاول : كونهما غير مبنية .

الثاني : كونهما مبنية باجرة .

الثالث : كونهما مبنية بغير اجرة، والعرف عند التقويم بعد ان بنيا لايلاحظ الحالة الاولى لهما ، بل يلاحظ احدي الحالتين .

ثم ان مقتضى ما ذكروه من الارش انه اذا لم يكن للمقلوع اية قيمة كان على المالك اعطاء كل القيمة ،كما انه اذا كان المقلوع مساوياً قيمته للباقي لم يكن على المالك شيء وحيث قد ذكرنا في[كتاب الغصب] مسألة ما اذا زادت قيمة الارض بالقلع أوزادت قيمة المقلوع بالقلع فلمن يكون ذلك الزائد؟فلاوجه لتكراره في المقام .

ثم ان التذكرة قال: «للمالك الرجوع في العاريةقبل انقضاء المدة بالارش وبعدها مجاناً ان شرط المعير القلع أو نقض البناء بعد المدة أوشرط عليه القلع متى طالبه به عملا بالشرط، فان فائدته سقوط الغرم فلايجب على صاحب الارض ضمان ما نقص الغرس بالقلع ، وان لم يكن شرط القلع واختاره المستعير كان له ذلك ، وان لم يختر القلع وأراده المعير فلابد من الارش ».

لكن فيما ذكره الجواهر، حيث قال: «انه ينافي اصالة براءة الذمة السالمة عن المعارض ضرورة عدم حق له بعد انتهاء المدة ولامدخلية لاشتراط القلع وعدمه كما لو استأجر منه ارضاً لذلك مدة انتهت وأراد المالك تفريغ أرضه ، فان المتجه عموم تسلط الناس على أموالهم ، وان (المؤمنون عند شروطهم) ولم يصدر الاباحة من المالك الا الى الامد المخصوص الذي قد دخل المستعير

على القلع عند انقضائه كما عن المحقق الثاني اختياره » .

ثم ان ماذكروه من مسألة الادراك وعدمه يلزم أن يحمل على المثال والافقد يدرك ، لكن يتضرر الغارس بقلعه أيضاً ، لان ابقائه مدة اخرى يوجب زيادة المنفعة ، وقد لايدرك ولايكون لابقائه مزيد قيمة ، ولافرق في عدم الادراك بين أن يكون لعدم كفاية المدة أو لامرخارجي كقصور الماء وهبوب الرياح المتزايدة أو عدم هبوب الرياح ، أو عدم اشراق الشمس أو ماأشبه .

ولذا أشكل الجواهر على التذكرة الذي فصل بين الامرين قال : نعم قد يتوقف فيما لو أعاره للزرع مدة معينة فانقضت ولمايدرك لالتقصير منه ، بل لهبوب الرياح وقصور الماء ونحوهما مما هو ليس من تقصير المستعير، بل عن التذكرة الجزم باستحقاق الارش كالعارية المطلقة ، ولعله باعتبار ان له مدة تنتظر فلايعتد بالتأقيت القاصر عنها ، ثم أشكل عليه بعموم تسلط الناس ، والمؤمنون عند شروطهم ونحوهما .

ثم لوكان لشيء ادراكات متعددة فالعبرة بمجموع الادراكات لا بالادراك الاول ، كما فيما يؤخذ منه جزات أو خرطات أو ماأشبه ، ولو تمكن المستعير من تعجيل الادراك بسبب السماد أو ماأشبه وجب عليه ذلك للزوم افراغ ملك الغير فوراً ففوراً ، لانه مقتضى تسلط الناس على أموالهم ، فحاله حال ملك الغير اذا كان مشغولا باثاث انسان آخر ، حيث انه يجب عليه افراغ ملكه عن اثاثه فوراً ففوراً .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع : ولو أعاره أرضاً للدفن لم يكن له اجباره على قلع الميت .

وفي الجواهر تقييده بكون الميت محترماً وانه يجوز ان اطمئن باندراسه بالنسبة الى تلك الارض على وجه لاينافي احترامه ، ثم قال : بلاخلاف أجده فيه والاجماع بقسميه عليه

أقول الاحكام المذكورة كلها ظاهرة ، أما الحرمة فلادلة ان احترامه ميتاً كاحترامه حياً، ومادل على حرمة النبش من الاجماع وغيره، وأما الجواز ان اطمئن بالاندراس فلوضوح انه بعد الاندراس لايعد قبراً في غير مثل العلماء والصالحين مما يبقى احترامهم أبداً ولو صاروا تراباً فينتفي الحكم بانتفاء الموضوع ، ولا فرق في ذلك بين الميت كله أو بعضه ، ولايخفى ان المراد عدم جواز النبش والاسترجاع أو عمل ينافي احترام الميت .

أما فسخ العقد فلااشكال فيه لانه عقد جائز قابل للفسخ ، وهل بعد ذلك له البقاء مجاناً ، لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه أو باجرة لانه جمع بين الحقين مقتضى القاعدة الثاني ، وان كان الاول غير بعيد أيضاً .

أما لو اتفق جواز النبش بأمر آخر كنقله الى المشاهد المشرفة لوقلنا بجواز ذلك أو كون البقاء هنا خطراً على الميت من حيوان أو ماأشبه ، فلااشكال في انه له الحق في أخذ الارض .

قال في المسالك :« المراد بالميت هنا المسلم أو من بحكمه كولده الصغير والمجنون واللقيط بشرطه ، اذ لاحرمة لغيره وانما لزمت الاعارة هنا لما في النبش من هتك حرمته الثابتة له بعد الوفاة كالحياة وهو موضع وفاق ، وغاية المنع من الرجوع اندراس عظام الميت وصيرورته رميماً والمرجع في ذلك الى

الظن الغالب بحسب التربة والاهوية ، وانما أطلق المصنف المنع، لانه علقه على القلع، ولايتحقق الا مع بقاء شيء من أجزائه ، فاذا بلى لم يتحقق القلع فارتفع المنع» .

أقول : أما كفاية غلبة الظن فلانه لايتحقق موضوع النبش بعد ذلك ، فان العرف لايرونه نبشاً ، نعم ان غلب ظنه ، بل لو قطع ثم نبش وتبين بقاء الجسد أو بعضه وجب عليه الابقاء ، اذ الظن والعلم وماأشبه طريقي لاموضوعي ، ثم لا اشكال انه بعد طم القبر يصدق النبش ، أما بعد وضعه وقبل طمه فهل يصدق النبش ؟ احتمالان ، وان كان الظاهر عدم الصدق ، نعم ربما ينافي احترام الميت أما قبل وضع الميت في القبر فلااشكال في جواز الفسخ لانه ليس من النبش في شيء .

قال في الجواهر : «أن من المعلوم ان ذلك بعد تحقق الدفن الذي يحرم معه النبش ، أما الرجوع قبل الحفر أو بعده قبل وضع الميت فلاكلام في عدم ترتب حرمة الدفن حينئذ عليه ، بل صرح غير واحد من الاصحاب بأنه كذلك بعد الوضع قبل الموارات لعدم صدق النبش حينئذ ، اللهم الا أن يقال: انهوان كان كذلك الا انه يمكن دعوى مساواته له لمافي الاخراج من هتك الحرمة،ولذا أمروا بقرض نجاسة الكفن فيه اذا لم يمكن غسلها ، بل قيل لم يجوزوا نقله الى قبر آخر ، لكن الانصاف عدم الاكتفاء بذلك دليلا لمثل ذلك» .

وهو كما ذكره ، لان الخروج عن الحكم المسلم بأمثال هذه الامور الشبيهة بالاستحسان محل منع ، أما قوله بعد ذلك : لولا الاجماع هنا على حرمة النبش لامكن القول بجوازه ، لعموم تسلط الناس ولاولويته من جملة من الامور التي جوزوا النبش لها ، مع انه لااطلاق ولاعموم على حرمته كي يتمسك بهما الا

الاجماع الذي لولا اعتضاده بما هنا لامكن المناقشة في تناول معقده لما هنا ـ انتهى .

فلايخفى مافيه ، فان السيرة القطعية بالاضافة الى الاجماع القطعي ، وتأييد بعض الروايات للحرمة المطلقة كرواية الصدوق فأنزل الله تبارك وتعالى على نبيه صلى الله عليه وآله وسلم الذين اذا فعلوا فاحشة يعني الزنا أوظلموا أنفسهم يعني بارتكاب ذنب أعظم من الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان ذكروا الله فاستغفروا لذنوبهم (الى أن قال) : ثم قال عزوجل : ﴿ولم يصروا على مافعلوا وهم يعلمون﴾[1] يقول الله عزوجل ولم يقيموا على الزنا ونبش القبور وأخذ الأكفان ـ الخبر .

ومثله غيره، لايدع مجالا لماذكره (رحمه الله) وحيث قد ذكر جملة من مسائل نبش القبر في [كتاب الطهارة] لاداعي الى تكرارها هنا .

ثم لايخفى ان المنافق والمخالف والكافر المحترم والباغي في غير البغي على الامام في حكم المسلم وفي الاخير هومسلم له أحكامه لاالكافر الحربي ومن بحكمه ، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان أقسام الكافر أربعة: الحربي والذمي ، والمعاهد ، والمحايد .

ومثل الارض في الحكم المذكور خابية المعير التي يوضع فيها الميت لالقائه في البحرفلايحق لمعيرها استخراجها بواسطة الغوص مثلا، ثم ان اخرجت للدفن حق له أخذها ، وكذا بعد فراغها لاكل الاسماك للميت ونحوه ، ولوكان

---

(١) آل عمران : آية / ١٣٥ .

المعير والمستعير كافرين عوملا حسب معتقدهما ، ولو كان اعتقادهما مختلفاً فصله الحاكم حسب عقيدة الاسلام في لزوم الاعارة للدفن وعدمها ، ولو كان أحدهما مسلماً قدم ، لان الاسلام يعلو ولايعلى عليه، والمذهبان في الاسلام يعامله الحاكم حسب عقيدتهما مع الاتفاق وحسب رأي الحاكم مع الاختلاف ، وكذلك حال المقلد والمجتهد .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع:« وللمستعير أن يدخل الى الارض ويستظل بشجرها » .

وهو كما ذكره ان كان ظاهـر اللفظ شاملا ولو بمعونة القرائـن الحالية أو المقالية كما هو المتعارف في الحال الحاضر، وذلك لان العارية شاملة لمثل هذه الامور ، ولذا استدل عليه في الجواهر بقوله : لان ذلك كله ونحوه من توابع مثل هذه العارية في العادة وقد سمعت سابقاً ان له الانتفاع بما جرت العادة به .

أقول : ومنه يعلم وجـه النظر في تفصيل القواعد ، حيث قال : وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومرمة البناء دون التفرج، لانه لافرق بين الامرين ، فان كان اللفظ شاملا لهما جاز والا لم يجز أحدهما .

وفي مفتاح الكرامة :« في المبسوط والتحرير انه ليس له الدخول بغير حاجة وزاد في الثاني قطعاً، قال: ليس له الدخول بغير حاجة قطعاً ، وفي دخوله لحاجة سقي الغرس وجهان قوى الشيخ المنع وهو كذلك ، لكنه ذكره في مسألـة بيع الغرس على الاجنبي قال : والاقوى انه لايجوز في المسألتين ولم يذكرهنا الا الوجهين من دون تقوية لاحدهما قال : والوجهان أحدهما ليس له الدخول، لان الانتفاع بالارض لايجوز بعد رجوعه، والثاني له ذلك لانا ان لم نجعل له الدخول لمصالح الغرس أتلفنا عليه ذلك وذلك لايجوز » .

ولايخفى ان فرض التحرير فيما اذا رجع المعير ولم يدفع قيمة الغرس ولا ضمن الارض وامتنعا من البيع .

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن التذكرة حيث قال : ليس للمستعير دخـول الارض للتفرج الا باذن المعير، لانه تصرف غير مأذون فيه، نعم يجوز له الدخول

لسقي الشجر ومرمة الجدار حراسة لملكه عن التلف والضياع ، ونقل نحوه عن جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية، معللين بأن الاستعارة وقعت لمنفعة معينة وهو الغرس فلايتعداها، ولذا الذي ذكرناه من ان القاعدة عدم الفرق أشكل عليهم الجواهر بأن قولهم كما ترى ، وانه لايبعد أن يكون ذكر الشرائع لذلك تعريضاً بما سمعته عن المبسوط .

وكيف كان، فمن ذلك يعلم انه مايستلزمه العارية مباح له مثل حفر البئر في المكان المحتاج الى حفر البئر ونصب الناعور واجراء الجداول والسواقي ونحوهما ، وكري الانهار، وتجفيف الثمر، وجعل المخزن للاحطاب والاثمار ونحوها ، فان كل ذلك من شئون العارية ، ولايختص أيضاً بنفس المستعير، اذ المتعارف ان المستعير مع عائلته يسكن في البستان ونحوه ويستخدمون عمالا ونحوهم لاجل شئونها .

والحاصل : ان المعيار هو مايستفاد عرفاً من العارية، نعم اذا لم يكن اللفظ شاملا لشيء أو منع المعير مع الشمول لم يكن للمستعير ذلك ، ومنه يعلم حال ماإذا استعار الدار، فان له أن يسكنها مع عائلته ويستضيف فيها أو يجعل مجلس الوعظ والارشاد وماأشبه ، وأما المعير فقد قال المسالك : «اذا استعار الارض للغرس وغرسها جاز لكل من المعير والمستعير دخول الارض ، أما المعير فلان الارض ملكه فله الدخول اليها في كل وقت ، وله أن يستظل بشجرها ، وان كان ملكاً لغيره لانه جالس في ملكه ،كما لو جلس في غيره من أملاكه واتفق له التظلل بشجر غيره ، أو في المباح كذلك والضابط انه يجوز له الانتفاع منها بكل مالا يستلزم التصرف في الغرس ومثله البناء » .

وفي القواعد : يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال بالبناء

والشجر، وكل مالايضر البناء ، وفي مفتاح الكرامة قد صرح بأنه يجوز للمعير دخـول الارض والاستظلال بشجرها في المبسوط والتذكرة والتحرير واللمعة وجـامع المقاصد والمسالك والكفاية وزيـد في المبسوط والتذكـرة الانتفاع بالارض كما في الكتاب ،كما زيد في الثاني الاستظلال بالبناء والكل بمعنى ، وقال في التذكرة : «للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستظلال لانه جالس على ملكه ، وليس لـه الانتفاع بشيء من الشجر بثمر ولاغصن ولاورق ولاغير ذلك ، ولايضرب وتداً في الحائط ولاالتسقيف عليه ، وفي المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجرمن شد دابة وغيرها ».

لكن لايخفى ان دخول المعير أحياناً يكون خلاف شأن العارية ، خصوصاً في مثل الدار والبستان ، حيث يسكن أهل المستعير، اللهم الا اذا فسخ العارية فيكون من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وكأنه الى ذلك أشار الجواهر، حيث قال : «لايخفى عليك وجه النظرفي انتفاع المعير فيالبناء والغرس من دوناذن المستعير، بناءاً على ان مثلـه تصرف كما جزم بـه بعض مشايخنا فأبطل الصلاة تحت السقف المغصوب كما ذكرناه في [كتاب الصلاة] .

ولعل كلام الاصحاب هنا مؤيد لماقلناه ، بل ظاهرهم عدم حرمة ذلكمطلقاً على المعير، اذ ليس هو الا تصرف في أرضه ، وان قارن ذلك انتفاعاً لـه على نحو الاستضائة بنار الغير وهو جالس في ملكه الا ان الانصاف عدم خلو ذلك من اشكال مع فـرض قصد استيفاء منفعة الاستظلال بالسقف دفعاً للمطر والحر ونحوهما ، اذ هو ان لم يكن تصرفاً فيه فلاريب في كونه انتفاعاً به على وجـه يضمن اجرته للمالك » .

وقد ذكرنا في [كتاب احيـاء الموات] قسماً من الانتفاعات كالاتكاء على

حائط الغير والاستضائة بنوره والاستحرار بناره والاستبراد ببرادته ، الى غير ذلك ،كما ألمعنا الى ذلك في [كتاب الغصب] .

نعم لاينبغي الاشكال في انه اذا استعار أرضاً للزراعة أو للسكنى أو ماأشبه ولوكانت وسيعة جداً لايحق للمستعير دفن ميته فيها اذا لم تكن شاملة له كما انه يحق للمعير دفن ميته فيها اذا لم يكن من قبيل الدخول في الدار المستعارة من المعير، ثم حيث ان الاستعارة ليست خاصة بالملك ، بل للانسان أن يعيرغرفته في المدرسة الى طالب آخر وهكذا ، فاللازم في العارية التي هي من هذا القبيل مراعاة الامرين حق الوقف وحق المعير، وكذلك الحال في اعارة كتاب الوقف ممن سبق اليه الى انسان آخر، الى غير ذلك من موارد العارية في الاوقاف .

ثم ان المسالك قال: ويعلم من قوله : ان المستعير ليس له الدخول للتفرج انه لايجوز لاحد الدخول الى أرض غيره بالتفرج بطريق أولى الا باذن المالك نعم لوكان صديقاً توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهة كما تقدم في صدر العارية وتبعه في ذلك مفتاح الكرامة وهو كما ذكراه .

نعم في الاراضي الواسعة التي ذكر الفقهاء في باب الطهارة دخولها والعبور منها والتوضي من أنهارها يجوز الدخول بدون اذن المالك ، وحيث قد عرفت ان للمستعير أن يستعمل الارض والدار وشبههما حسب مايشمله لفظ العارية فيجوز له ربط دابته وايقاف سيارته وماأشبه في أمثال هذه العاريات ، ثم لو أعار أرضه للزرع أو داره للسكنى أو ماأشبه ، ثم لم يأذن للمستعير في الدخول لاجل السقي أو الاقتطاف أو ماأشبه كان من صغريات رجوع المعير في عاريته ، وقد تقدم الكلام في ذلك ، اذ لافرق في الرجوع بين الرجوع في العارية ، مطلقاً أو في

بعض شئون العارية .

ثم ان الشرائع قال :« ولو أعار جداره لطرح خشبة وطالبه بازالتها كان له ذلك الا أن تكون أطرافها الاخر مثبتة في بناء المستعير فليس له الزامه بالازالة وان بذل الارش لانه يؤدي الى خرابه واجباره على ازالة جذوعه عن ملكه،وفيه تردد » .

وحيث ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الصلح] فلاوجه لتكراره هنـا .

ثم الظاهر ان مثل مد أنابيب الماء وأسلاك الهاتف والكهرباء وماأشبه الى الدار المستعارة أو البستان المستعار بما يستلزم من خراب الارض ودق الوتـد في الحيطان وماأشبه مشمول لظاهرعقد الاستعارة الا أن يكون عرف خـاص أو قرائن خاصة أو نص خـاص على العدم ،كما ان حال التبييض والتلوين للغرف والمرافق ونصب الرفوف ونحوهـا أيضاً كذلك ، وفي عاريـة البيوت المنتقلة سواء البيوت الخشبية في البحر أو البنائية في البر يأتي كل مـاتقدم من الكلام فنقلها من محلها الى محل آخر اذا كان مشمولا للعارية جاز والا لم يجز .

كما ان البيوت الجاهزة التي تركب اذا أراد المستعير فرز الترتيب السابق وتركيبها تركيباً جديداً يكون حسب شمول دليل العارية ، ثم لو أحدث بعض التغييرات من الزيادة والنقيصة ونحوهما يجب على المستعير تبديلها الى الحالة الاولية ثم ردها الى المالك ، بينما بعض التغييرات ليست كذلك ، وكل ذلـك حسب مايفهم من عقد العارية .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع: «لو اذن له في غرس شجرة فانقلعت جاز أن يغرس غيرها استصحاباً للاذن الاول ، وقيل : يفتقر الى اذن مستأنف وهو أشبه.

أقول: مقتضى القاعدة ان عقد العارية ان كان شاملا للتجديد جاز والا لم يجز فاستدلال قول الاول بالاستصحاب للاذن السابق كاستدلال القول الثاني بأنه أشبه باصول المذهب وقواعده المقتضية حرمة التصرف في مال الغير بغير اذنه ، اذ الاولى قد انتهت بحصول مقتضاها وغرس الشجرة الاخرى شيء جديد، بل ان لم يكن ثم قرينة يشكل اعادة غرسها، اذ الظاهر ان الاذن في الغرس كالامر به تحقق بالمرة » .

محل تأمل ، ومنه يعلم الكلام في قول القواعد : « لو انقلعت الشجرة لم يملك اعادته كقول التذكرة فان قلع القصيل المأذون له في زرعه في غير زمنه المعتاد أو سقط الجذع كذلك وقصر الزمان جداً ، فالاولى ان يعيده بغير تجديد الاذن .

وفي الجواهر تعليقاً على قول التذكرة : لانه من الاذن الاولى، لعدم تحقق مقتضاه المأذون فيه كما هو واضح،بل هذه المسائل ونحوها مما لاحظ للفقيه فيها لاختلاف القرائن الحالية، فضلا عن غيرها » .

ثم الميزان في جواز قلع النبت والشجر عند ارجاع الارض ، وعدم القلع وتسوية الحفر وعدمها ماذكرناه من كون المرجع ظاهر عقد العارية، فاذا كان هناك شرط أحد الجانبين من القلع والترك فهو ، والا فمقتضى القاعدة الرجوع الى الظاهر ، ولذا قال القواعد : لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر الزم الوفاء ولا ارش، وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية .

وفي مفتاح الكرامة : « اذا غرس قبل رجوعه ، فان امكن قلعه من غير نقص

يدخله قلع، وان لم يمكن الا مع النقص والعيب ، فان كان شرط عليه القلع مجاناً وتسوية الحفر الزم ذلك عملا بالشرط، لقوله عليه الصلاة والسلام: المؤمنون عند شروطهم[١]. فان امتنع قلع المعير مجاناً، وان كان قد شرط القلع مجاناً دون التسوية لم يكن على المستعير التسوية، لان شرط القلع رضا بالحفر كما في المبسوط والتحرير والتذكرة » .

لكن لايخفى ان قوله: فان امتنع قلعه المعير مجاناً فيه نظر ، اذا كان الشرط على المستعير ان يقلع فلم يفعل، فالمعير له ان يأخذ الاجرة للقلع، وكذلك حال التسوية .

ثم ان القواعد قال : لو لم يشترط القلع فأراده المستعير فله ذلك، وهل عليه التسوية اشكال ينشأ من انه كالمأذون في القلع بأصل الاعارة،ومن انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت .

وفي مفتاح الكرامة :« هذا الاخير خيرة التذكرة لما ذكر، ولاترجيح في المبسوط والتحرير، وفي جامع المقاصد: ان المسألة محل تردد، فنحن فيها من المتوقفين » .

أقول :كل من جواز القلع ولزومه وامتناعه والثلاثة بالنسبة الى التسوية تابع للظاهر ،كما ان خصوصيات كل من الستة كذلك مثل أن تكون الازالة بسبب المنشار أو القلع أو الاحراق ، الى غير ذلك ، ولو لم يكن دليل على اللزوم أو الامتناع يكون الاصل مع الجواز في كل من القلع والازالة .

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة : ان الاذن في الغرس لايقتضي الاذن في القلع، ولادليل يدل على ذلك، اذ لعله مما لايقلعه أحد منهما ويبقى الى

---

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح٣ و٤ .

ان يفني، فالقلع جناية لا اذن فيها ويكفي الشك في تناول اللفظ له ، اذ الاصل الجناية على مال الغير ان تكون مضمونة الا ان يعلم الاذن فيها ويشهد على عدم العلم بالاذن لعدم الدليل الواضح تردد هؤلاء الاجلاء مع اختيار التذكرة ان عليه التسوية ولايعارضه أصل البرائة ، لان شرط التمسك به ان لايكون في مقام الاضرار بمسلم ، لان الضرورة قاضية بنفي الاضرار الثابت بالعقل والشرع ، ولا يخفى ما فيه من مواقع للتأمل .

ثم الظاهر ان الاذن بالزرع ونحوه ليس اسقاطاً للارش الذي يوجبه الغرس أوالتسوية أو القلع ، لان الظاهر العرفي ان من يسلم المال يريد استرداده كاملا الا القدر الملازم للاستعمال من خلقان الثوب والكتاب ونحوهما .

ومنه يعلم ان قول جامع المقاصد : «ان مثل مانحن فيه مالونقصت الارض بالقلع، فان في وجوب الارش اشكالا، واضافة مفتاح الكرامة حيث قال : نحن نقول: انما يجب عليه الارش ، نعم لونقصت بالغرس فلا ارش ، وبه صرح في التذكرة » .

محل تأمل، فان اللازم العرفي عدم اسقاط الارش الا اذاكان دليل خاص ، وجامع هذه المسائل ان المتبع الظهور، سواء من اللفظ أومن القرائن ، فان لم يكن ظهوركان المتبع الاصل مثل على اليد ولايتوى ، وأصل البرائةوما أشبه .

ثم ان الشرائع قال: ولايجوز اعارةالعين المستعارة الاباذنالمالك واجارتها لان المنافع ليست مملوكة للمستعير، وان كان له استيفائها .

وماذكره هومقتضى القاعدة لما علله في الجواهربضرورة اقتضاء عقدالعارية الاباحة لخصوص المستعيرلاتمليكه اياها، فانالمنافع لم تصبح مملوكةللمستعير

حتى يتصرف فيها بعارية وهبة واجارةونحوها .

نعم قد تقدمانه يصح للمستعيراسكان زوجته وأهله وضيوفه وماأشبه في الدار والبستان المستعارين ، كما ان له ان يستوفى المنافع بنفسه أو وكيله على وجه يعود الانتفاع له مع كون العين في يده أوبيد وكيله باذن المالك، وليس التسليم الى الوكيل اعارة له، وانما يصح التسليم الى الوكيل فيما اذا شملت العاريةله والا لم يجز ذلك أيضاً .

ثم انكان اللفظ شاملا لاعارة المستعير فاللازماتباع قدر اللفظ في انيكون الاعارة من المستعيرعنالمعير أوعن نفسه، فانكان خاصاً بأحدهما فله ذلك ، وان كان عاماً فله أيهما أراد، وقد ذكرنا في [كتاب الوكالة] مثل ذلك، فانه اذا أعار عـن نفسه تمكن من فسخها ، أما اذا اعارها عن المعير فيكـون الفسخ والابقاء بيد المعير لابيده .

ثم ان الجواهر قال:« انما الكلامفيمايستفاد من اطلاق الاذن، ولعل العارية من المستعير نفسه أظهر الفردين منه ، ولعل منة عارية الدار مثلا على ان يدخل فيها من شاء من عياله وغيرهم، فان الاعارةلهم منه لامن المعير ، أويقال : ان من انتفاعه انتفاعهم على نحو انتفاع دوابه .

ومما تقدم ظهران احتمال انه لايصح من المستعيرأن يعير عن نفسه، لانه لا يملك وكل مالم يملك لم يصح له الاعارة غير ظاهر الوجه،لانه نوع حق فسعته وضيقه تابع للحق والعرفيرون مثل هذه العارية، فاطلاق الادلة شامل لها،ولذا قال في الجواهر : احتمال عـدم مشروعية هذا القسم باعتبار اشتراطكون المعير مالكاً يدفعه اطلاق الادلة، والمسلممنه معءدم اذن المالك، فيكون بالشرطحينئذ مالكاً أو مأذوناً » .

ثم انه لوخالف المستعير وأعار عن نفسه فيما ليس له ، أو عن المالك فيما ليس له كان فضولياً يتوقف على اجازة المعير ولعل مراد الجواهر بقوله: « لوخالف وأعار الغير فلاريب في فساد العارية » ذلك ، اذ لاوجه للفساد المطلق بعد تمشي الفضولية في العارية أيضاً .

ولوخالف المستعير وأعار ولم يسلم فلاشيء، اذ مجرد اجراء الصيغة لايوجب شيئاً، ويجوز له التصرف كالسابق، فان ذلك لايعد خيانة أوتفريطاً أوسحباً لرضى المعير، وليس من قبيل عقد الفضولي مع الاصيل ، حيث يلزم الاصيل في العقد اللازم حتى يرد طرف الفضول أو نحو الرد بطول الزمان .

ولوسلم فللمعير أن يرجع على أي منهما شاء بالعين والمنفعة كما في الجواهر قال: « فلوخالف وأعار الغير فلاريب في فساد العارية ، ولكن الكلام في رجوع المالك على من شاء منهما بالعين والمنفعة مع ضمان العين وعدمها ماسمعته في العارية من الغاصب ، وما عن الفاضل من الفرق بينهما في الجملة لايخلو من اشكال » .

لكن لايخفى انه لوتلفت العارية في يد المستعير أوجب الضمان لانها يد عدوانية أما لو تلفت في يد المستعير من المعير الاول لم يوجب ضماناً وحتى اذا كان التلف بعد ان أعاره وسلمه ثم استرجعه اليه لعدم الدليل على الضمان، فان خيانته لاتوجب تخصيص عمومات عدم الضمان، ثم انه لورجع المعير في العارية ولم يخبر المستعير لم يكن على المستعير شيء لقاعدة ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ، سواء بالنسبة الى العين اذا تلفت بدون تعد أو تفريط أو بالنسبة الى المنفعة .

ولو اختلف المعير الاول والمستعير الاول بأنه هل تلفت العين في يد المستعير

الاول أو المستعير الثاني ؟ كان القول قول المستعير الاول، لانه أمين، ومن الواضح ان خيانة الامين في مورد لايوجب سقوط قوله ، فان كون الامين مؤتمن عام ، ولو رجع المعير الى المستعير الاول لم يرجع الى المستعير الثاني اذا كان غاراً ،كما انه اذا رجع الى المستعير الثاني رجع الى الاول في صورة الغرور ، الى غير ذلك مما ذكرنا تفصيله في [كتاب الغصب] من تعاقب الايدي .

(مسألة ــ ١٤ ــ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر :«العارية امانة كما قال الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي : صاحب العارية والوديعة مؤتمنان[1] ، ونحوه غيره وحينئذ فهي كغيرها من الامانات لا تضمن إلا بالتفريط في الحفظ أو التعدي أو باشتراط الضمان زيادة على الوديعة للاجماع بقسيمة والنصوص ، لا ينافي ذلك بنائها على التبرع حينئذ ، كما لا ينافي كونه شرطاً في عقد جائز ، اذ هو كالاجتهاد في مقابلة النص » .

وهو كما ذكراه،وقد تقدم الكلام في ذلك،وقد نقل مفتاح الكرامة الاجماعات المتعددة على كل من الفروع الثلاثة ، أي كون العارية امانة وانه لايضمنها المستعير الابالتفريط أوالتعدي أو باشتراط الضمان ، ولايخفى ان هذا عندنا ، أما اذا كان عند المخالف أو الكافر مقتضى دينهم الضمان فيعامل معهم على ذلك لمقتضى قاعدة الالزام[2] .

ثم انه لافرق بين الشرط ان يكون الشرط صريحاً أو شرطاً ضمنياً من قبيل شرط الصحة في البيع ، فاذا كان انسان يعطي الاشياء عارية على الضمان كان ذلك من باب الشرط الضمني ، وان لم يصرح به ، ولو أعطى المعير العارية بهذا القيد الضمني لكن لم يقصد المستعير الضمان لم تتحقق العارية ، لان الايجاب والقبول لم يقعا على شيء، فان العقود تتبع القصود ، والقصدان مختلفان فكانت فاسده ، لكن يشملها ما يضمن .

وأما اذا كان على نحو الشرط الضمني وقع العقد ، لكن فيه ضمان أيضاً، ولو أعطاه عارية بشرط الضمان بالاكثر أو الاقل أو المثل في القيمي أو القيمة

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٢٧ الباب ٤ من أبواب أحكام ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوة والأخوات ح ٢ و٥ .

في المثلي أو ما أشبه ذلك صح لمقتضى دليل الشرط، أما اذا كان بشرط الضمان بدون ذكر تلك الخصوصيات كان الضمان بالمثل أو القيمة حسب الموازين الاولية .

ولو اجاز المعير المستعير اعارة المستعير فاعارها مطلقاً فلا ضمان على المستعيرولو شرط الضمان عليه ، فان كان شرط المعير الاول ذلك صح والالم يصح شرط المعير الثاني لانه تصرف في ملك الغير بدون اذنه ، ولو انعكس بأن شرط المعير الاول الضمان دون المعير الثاني ، فان كان المستعير الثاني مغروراً فلا ضمان عليه والا كان عليه الضمان حسب القواعد الاولية .

ثم انه لافرق في عدم ضمان المستعير بين ان يكون مسلماً أوكافراً والمسلم عدلا أو غير عدل ، لاطلاق الادلة والفتاوى .

ومنه يعلم ان ما رواه الكليني بعد حديث الحلبي ، حيث قال: وفي حديث آخر : اذا كان مسلماً عدلا فليس عليه ضمان،[(١)] يجب حمله على بعض المحامل ، ولذا قال في الوسائل : لعل المراد به ان العدل لايفرط في العارية فلا يضمن ، كما انه يجب ان يؤول ببعض التأويلات ما رواه ابن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن العارية ؟ فقال : لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً .[(٢)]

ومثله ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق ؟ فقال : ان كان أميناً فلا غرم عليه .[(٣)]

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب العارية ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب العارية ح ٣ .
(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح ٧ .

وعن أبان مثله ، وزاد : قال : وسألته عن الذي يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان ؟ فقال : ليس عليه غرم بعد ان يكون الرجل أميناً[١] .

وعن مسعدة بن زياد ، عن جعفر بن محمد عليهما السلام قال : سمعته يقول : لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت أو سرقت أو ضاعت اذا كان المستعير مأموناً[٢] .

ثم قال الشرائع : وتضمن اذا كانت ذهباً أو فضة ، وان لم يشترط الا أن يشترط سقوط الضمان .

وقال في القواعد : أو كانت ذهباً أو فضة ، وان لم يشترط الا ان يشترط سقوطه ، وفي دخول المصوغ نظر .

أقول : في المسألة أربعة امور :

الاول : ان في عارية الدرهم والدينار الضمان .

الثاني : انه لاضمان في عاريتهما اذا شرطا عدم الضمان ، وكلا الحكمين لااشكال ولاخلاف فيهما، بل عليهما الاجماع القطعي لادلة ضمانهما، ولادلة الشرط.

الثالث : ان في عارية الذهب والفضة غير الدرهم والدينار كالحلي والشمش الضمان .

الرابع : انه ان اشترط عدم الضمان في عارية الذهب والفضة غير الدرهم والدينار لايكون ضمان ولااشكال في هذا أيضاً حسب أدلة الشرط وانما الاشكال والخلاف في الثالث، فقد ذهب المشهور الى الضمان وغير المشهور الى عدم الضمان وتردد جمع ، والاصل في الحكم هي الصحاح الواردة في الدرهم والدينار والذهب والفضة .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح ٨ .
(٢) لوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب العارية ح ١٠ .

كصحيح ابن سنان قال: قال أبوعبدالله عليه السلام : لاتضمن العارية الا أن يكون قد اشترط فيها ضمان الا الدنانير فانها مضمونة ، وان لم يشترط فيها ضماناً[(١)] .

وعن ابن مسكان ، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام مثله[(٢)] .

وصحيح زرارة قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : العارية مضمونة ؟ فقال : جميع ما استعرته فتوى فلا يلزمك تواه الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن تشترط عليه انه متى توى لم يلزمك تواه ، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك والذهب والفضة لازم لك ، وان لم يشترط عليك[(٣)] .

وصحيح عبد الملك بن عمر ، عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ليس على صاحب العارية الضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدراهم، فانها مضمونة اشترط صاحبها أو لم يشترط[(٤)] .

وصحيح اسحاق بن عمار ، عن أبي عبد الله أو أبي ابراهيم عليهما السلام ، قال عليه السلام العارية ليس على مستعيرها ضمان الا ماكان من ذهب أو فضة ، فانهمامضمونان اشترطا أو لم يشترطا[(٥)] .

وفي المقنع الذي هو متون الروايات : وليس على مستعير عارية ضمان الا ان يشترط الا الذهب والفضة فانهما مضمونان شرط أو لم يشترط[(٦)] .

وكيف كان ، فالمشهور ذهبوا الى الضمان في مطلق الذهب والفضة درهماً

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ذيل الحديث .

(٣) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٩ الباب ٣ من أبواب العارية ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العارية ح ٣ .

(٥) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٣ من أبواب العارية ح ٤ .

(٦) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٧ الباب ٣ من العارية ح ١ .

كان أم ديناراً مصوغاً أم غيرها ، وقد نقل هذا القول مفتاح الكرامة عن ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندي والشرائع والنافع والتحرير والارشاد والمختلف وقواعد الشهيد ، وصريح اللمعة والمهذب البارع ، وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان .

بل هو الظاهر من المقنعة والمراسم والكافي والغنية والسرائر والوسيلة والتبصرة والفقيه والتهذيب والاستبصار قال : فكانت كلمة المتقدمين متفقة على ذلك ، بل ومعظم المتأخرين ، اذ لم يعرف الخلاف من أحد قبل الفخر في الايضاح بلفظ الاقوى ، وتبعه صاحب ايضاح النافع والكفاية والرياض .

وقد تقدم عبارة القواعد ممايدل على التوقف ، ومثله المحكى عن التذكرة والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح، والاقوى هو المشهور، كما قواه الجواهر أيضاً قائلا :« الروايات بمنزلة أن يقول : لا تكرم زيداً منهم، ويقول : لاتكرم عمرواً ، ويقول: اكرم العلماء، ثم يقول: لانكرم الجهال ، وفي الواقع كان زيد وعمرو من أفراد الجهال فانه لايشك من له أدنى فهم بالخطابات العرفية ارادة اخراج الجهال من الحكم الاول ، ولكن نص على زيد وعمرو للتأكيد ونحوه ».

فان ذلك هو مقتضى الجمع العرفي، حيث قال المولى مرة : لا ضمان في العارية، وقال مرة: في الذهب والفضة الضمان، وقال مرة: في الدينار والدرهم الضمان فان الخاصين وان كان بينهما عموم مطلق الا ان العرف لايرى التنافي بينهما حتى يجمع بينهما بتخصيص عامهما بخاصهما فيكون الاخص مطلقاً هو الخارج من عدم الضمان في العارية ويكون نصيب العام المطلق منهما عدم الضمان، ولذا رد مثل هذا الجمع في جامع المقاصد بقوله: «ان هذا لامحصل له ولا ينطبق على القوانين فان استثناء الذهب والفضة تارة ، واستثناء الدراهم

والدنانير تارة اخرى لايقتضي أكثر من ان أحد المخصصين أعم من الاخر مطلقاً ، فيخص العام بكل منهما لاان أحدهما يخصص الاخر قال : وماتوهمه بعضهم من ان أحدهما مطلق والاخر مقيد فيحمل المطلق على المقيد ليس بشيء أيضاً ، لانه اذا أخرج من العموم الدراهم والدنانير في لفظ وأخرج الذهب والفضة في لفظ آخر لم يكن بينهما منافاة ، لان اخراج الكلي اخراج لبعض افراده ، كما ان اخراج البعض لاينافي اخراج الكلي » .

وقد تبعه صاحب المسالك حيث قال: « فان قيل: لما كان الدراهم والدنانير أخص من الذهب والفضة وجب تخصيصهما بهما عملا بالقاعدة فلايبقى المعارضة الا بين العام الاول والخاص الاخير ؟ قلنا لاشك ان كلا منهما مخصص لذلك العام، لان كلا منهما مستثنى، وليس هنا الا أن أحد المخصصين أعم من الاخر مطلقاً، وذلك غير مانع فيخص العام الاول بكل منهما أو يقيد مطلقه، لاان احدهما يخصص بالاخر لعدم المنافاة بين اخراج الذهب والفضة في لفظ والدراهم والدنانير في لفظ حتى يوجب الجمع بينهما بالتخصيص أو التقييد » .

وبذلك ظهر وجه النظر في كلام من قال: بتخصيص أخص الخاصين لاعمهما حيث ذكر صاحب الكفاية، وتبعه الرياض انه وقع التعارض بين الاخبار، ولابد من حمل العام على الخاص، أو المطلق على المقيد اذا كان بينهما تناف، كما اذا كان أحدهما مثبتاً، والاخر منفياً والمستثنى في خبر زرارة لاينافي المستثنى في خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما في كونهما اثباتاً .

وكذلك المستثنى منه من الجانبين لتوافقهما على كونهما منفيين، بل وقع التعارض بين المستثنى منه في خبري الدراهم والدنانير، وحاصله: «لاضمان في غير الدراهم والدنانير وبين المستثنى في خبري الذهب والفضة والنسبة بين

الموضوعين عموم من وجه يمكن تخصيص كل منهما الاخر فان خصص الاول بالثاني كان الحاصل لاضمان في غير الدراهم والدنانير الا أن يكون ذهباً أو فضة، وان خصص الثاني بالاول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمونان الا أن يكون غير الدراهم والدنانير، فالأمر المشترط بين الحكمين ثابت وهو حصول الضمان في الدراهم والدنانير فلابد من استثناء هذا الحكم من عموم الاخبار الدالة على عدم الضمان وتبقى الاخبار في غيرذلك سالمة عن المعارض فاذاً المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير » .

ومنه يعلم انه لا وجه للقول بأن بين لا ضمان في العارية والضمان في الذهب والفضة عموم من وجه بقلب النسبة ، حيث ان لا ضمان في العارية يشمل المتاع، ولايشمله الضمان في الذهب والفضة والضمان في الذهب والفضة يشمل الدينار والدرهم ، ولا يشمله لاضمان في العارية، لان الدينار والدرهم خرج عن لاضمان في العارية فيبقى الذهب والفضة غير المسكوكين يتنازع فيهما العامان فيتساقطان ويكون المرجع أصل البرائة عن الضمان، وانما لاوجه لذلك لان الملاحظة في نسبة العموم والخصوص وما أشبه انما هي ابتدائية لا بعد اخراج شيء عن أحدهما كماقرر في الاصول، فليس الامر من العموم من وجه، بل الاخص أخص مطلقاً من العام الاعم .

وبذلك يظهر انه لاتصل النوبة الى ماذكره غيرواحد في رد الرياض من انه على تقدير تسليم العموم من وجه خبر الذهب والفضة أرجح، لان من رواتهما زرارة وهو أصدع بالحق، ولان خبر الذهب والفضة أصح سنداً من بعض تلك الروايات ولشهرة العمل بهما ، بل اطباق الاصحاب حتى ان الغنية ادّعى الاجماع على ذلك، وان الذهب والفضة لولم يضمنا لتوصل كثير من الناس الى

أكل أموال الناس بالعارية، أوالى ترك الناس المستحب المندوب اليه بأنزكاته اعارته فكان تخصيصه مخالفاً للاعتبار وحكمة الشارع، الى غيرذلك منالوجوه التي هي الى الاستحسان الاقرب .

ولذا قال في الجواهـر : لايحتاج الى رد هذا القول بالترجيح بالشهرة العظيمة بين الاصحاب ولا بأن أهل العرف لا يفهمـون من ذلك الا تخصيص الاول بالثاني ، ولا بعموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي، ولا باستلزام العكس اخراج لفظ الذهب والفضة عن الحقيقـة ، بخلاف الاول الذي فيه تكثير أفراد اخراج المخصص بعد العلم بالتخصيص في الجملة .

وعلى أي حال، فاذاكان مطلـق الذهب والفضة موجباً للضمان، فالمختلط منهما أيضاً موجـب للضمان ، اذ لا يشترط توحيـدكل منهما في الضمان ، أمّا المختلط منهمـا ومن غيرهما ، فالظاهر ان الضمان خاص بهما ، لان الاختلاط لايوجب أن يكون حكمهما حكم غيرهما أو حكم غيرهما حكمهما .

ثم لو قلنا : بأنه لا ضمان في غير الدينار والدرهم ، فهل الدينار والدرهم يراد بهما عينهما فقطأو الذهب والفضة المسكوكان؟ ولو كان كالاشرفيالايراني الذي هو من الذهب الخاص، وليس بدينار أو كالليرة العثمانية أو ماأشبهذلك؟ احتمالان ، مقتضى ظاهر النص الاختصاص ، لكن مقتضى المناط العموم .

أما الاوراق المالية كالدنانير وماأشبه المضروبة على الورق ، فلاينبغـي الاشكال في عدم الضمان فيها لانها ليست دنانير ودراهم ذهبية وفضية ، وكونهـا حوالة عليهما يرد عليه بالاضافة الىان الحوالة ليست دائمة على الذهبوالفضة، وانماعلى النفط أوماأشبهأحياناً، انه لادليل علىان الحوالة فيحكم المحولعنه.

ثم ان مفتاحالكرامة قال: من الممكنالذي لاينكرهالعرف ان يراد بالدنانير والدراهم في الخبرين الذهب والفضة ، فلامنافاة أصلا ، ولعل اليه نظر القدماء

وفيه ما لايخفى ، فان الامكان جار حتى في مثل الامتعة كما يقال : أعط الفقير درهماً ، وانما يراد المالية الشاملة لمثل الخبز أيضاً ، أما الظهور فانه مما ينكره العرف .

ثم لاينبغي الاشكال في ان شرط سقوط الضمان في عارية الذهب والفضة نافذ لاطلاق المؤمنون عند شروطهم وغيره من المطلقات ، وخصوص بعض الروايات المتقدمة. وفي الجواهر: قد يشك في اعتبار الشرط المزبور في الضمان بالتعدي والتفريط في ابتداء عقد العارية باعتبار انه اسقاط للواجب قبل وجوبه ومنافاته لاطلاق مادل على تسبيبهما ذلك مع انه لايخلو من قوة لانه في قوة الاذن في الاتلاف ، وللشك في السببية معه ، والاصل برائة الذمة ، وماذكره جيد لما حقق في باب الشرط من انه أعم .

وأما العلل الثلاثة بقوله : لانه في قوة الخ فهي تصلح مؤيدات ، لاأدلة كما لايخفى .

ثم ان العلامة ذكر في القواعد في عداد العاريات الموجبة للضمان قوله أو استعار من المستعير أو صيداً من الحرم أو كان محرماً ، وفي مفتاح الكرامة عند قوله : أو استعار من المستعير أي يضمن ، سواء تعدى فيها وفرط أم لا ، وسواء شرط المعير الضمان أم لا، وسواء كان يد المعير بامانة أو يد ضمان ، لانه استولى بغير اذن المالك لانها عارية من غير المالك فكانت غصباً في الحقيقة لا عارية ، ولما كانت بصورة العارية أجروا عليها اللفظ ، فلااستثناء عند التحقيق .

وفي صحيح اسحاق بن عمار المتقدم: «اذا استعرت عارية بغير اذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن»[1] ، وقال عند قوله : أو صيد من الحرم ، لانه اذا استعار

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٤٠ الباب ٤ من أبواب كتاب العارية ح ١ .

صيداً أخذ من الحرم ضمنه ، فانه ممنوع منه، وان كان محلافكان متعدياً باستيلائه عليه ، وعند قوله : أو كان محرماً ، أي اذا كان المستعير محرماً والعارية صيد فانه يضمن ، لان امساكه حرام فيكون متعدياً وضامناً » .

وقد أخذ منه الجواهر في الاشكال على كونها عواري مضمونة بقوله : «انه لا وجه لذكر القسمين الاولين في العارية المضمونة ضرورة معلومية ارادة القسم الصحيح منها ،كما انه لا وجه لعد العارية من المحرم للمحل من قسم العارية التي لاتضمن حتى اذا اشترط فيها الضمان، اذ قد عرفت انها ليست عارية ، وان المستعير يملكه لعدم ملك المحرم له » .

وقد ألمعنا الى بعض الكلام في ذلك في السابق ، وقد ذكرنا في [كتاب الرهن] عارية الرهن ، ولذا لاحاجة الى تكراره هنا .

ثم انه حكى عن ابن الجنيد ضمان عارية الدابة ، ولكن الظاهر انه لادليل عليه ، فمقتضى القاعدة عدم الضمان كسائر المستعارات، ولو أعاره بشرط الضمان فلم يقبل الشرط المستعير في قلبه ، فمقتضى القاعدة الضمان لظهور ان العارية لم تقع فلا رفع شرعي للضمان ، وذلك بسبب شمول على اليد له بدون محذور ، بالاضافة الى قاعدة مايضمن بصحيحه كما ألمعنا اليه فيما تقدم .

ومنه يعلم ، انه لو قال: الاخذ عارية مضمونة فأعطاه المعير بهذا الشرط ضمن.

وفي رواية الصدوق: ان النبي استعار من صفوان بن امية سبعين درعاً حطمية وذلك قبل اسلامه ، فقال ، اغصب أم عارية ياأباالقاسم ؟ فقال ﷺ : بل عارية مؤداة[1] . فجرت السنة في العارية اذا شرط فيها أن تكون مؤداة .

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٦ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح ٤ .

وفي رواية الخصال، قال أبوعبدالله عليه السلام : جرت في صفوان بن امية الجمحى ثلاث من السنن استعار منه رسول‌الله ﷺ سبعين‌درعاً حطمية ، فقال : أغصب يامحمد؟ فقال: بل‌عارية مؤداة ، فقال: أقبل هجرتي؟ فقال : لاهجرة بعد الفتح، وكان راقداً في مسجد رسول الله صلى الله عليه وآله وتحت رأسه ردائه فخرج يبول ، فجاء وقد سرق ردائه ، فقال : من ذهب بردائي؟ وخرج في طلبه فوجده في يد رجل، فرفعه الى النبي صلى الله عليه وآله‌وسلم فقال: اقطعوا يده ، فقال : أتقطع يده من أجل ردائي يا رسول الله فانا أهبه له ، فقال : ألا كان هذا قبل ان تأتيني به فقطعت يده[(١)].

ثم انه حيث ينفذ الشرط في العارية يصح أن يكون الشرط خاصاً بشيء دون شيء، وبزمان دون زمان، وبمكان دون مكان، كما اذا أعاره مائة من الابل وضمنه في عشرة منها مثلا معيناً ، أو على سبيل البدل أوضمنه اذا تلفت في يوم الجمعة لافي سائر الايام، أو في مدينة كذا لافي مدينة كذا، الى غير ذلك من الخصوصيات لان الشرط حسب ما شرط ، ثم انه يصح اسقاط الشرط من المعير بعد ان شرطه ، أما من المستعير فانه لازم عليه .

قال في القواعد بعد ذكر موارد الضمان في العارية : فيضمن مايجب ضمانه بالمثل ان كان مثلياً، والا فالقيمة يوم التلف، ويحتمل أعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف ويجب رد العين مع الطلب والمكنة ، فان أهمل ضمن .

أقول : حيث تقدم الكلام في هذه الامور فلا داعي الى تكرارها ، كما ان قوله : ويجب رد العين مع الطلب هو مقتضى القاعدة .

---

(١) الخصال : ص ١٩٣ ح ٣٦٨ .

(مسألة ـ١٥ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: «لاخلاف ولااشكال في ان المستعير اذا رد العارية الى المالك أو من يقوم مقامه من وكيله أو وليه العام أو الخاص برء على حسب غيرها من الامانات ونحوها ، كما انه لااشكال ولاخلاف عندنا في انه لوردها الى الحرز الذي كانت فيه بلا يد للمالك ولااذن منه لم يبرء، بل هو ضامن لها مع التفريط بها» .

وكلا الحكمين موافق للقاعدة لدليل على اليد ما أخذت حتى تؤدى[1] ، فانه يقتضى سقوط الضمان بالاداء، كما انه يقتضي ان ليس الاداء بالايداع في الحرز اذا لم يكن الحرز تحت يد المالك بما يعد اداءاً للمالك أو اذن من المالك .

ومنه يعلم انه من قسم وكيل المالك فيما اذا اذن له بأن يؤديه الى انسان ، كما اذا قال له : اعط العارية الى الفقير الفلانى ، أو الى فقيرما ، أو ما أشبه ذلك ، فانه وان لم يكن ولياً أو وكيلا ، لكنه داخل في قسم من الوكلاء في أمثال هذه العبارات ، وحيث ذكر في باب التسليم من [كتاب البيع] بعض خصوصيات التسليم ، فلاحاجة الى ذكرها هنا ، لان المقامين من باب واحد .

ثم قال الشرائع ممزوجاً معه أيضاً :« ولو استعارالدابة الى مسافة معينة مثلا فجاوزها ضمنها عيناً ومنفعة للتعدى ، ولو اعادها الى المسافة الاولى المأذون فيها لم يبرء من ضمان العين الذي قد حصل بالتعدى للاصل وغيره، أما المنفعة فلاضمان فيها لعدم انفساخ العارية بذلك ، اذ الفرض عدم تصريح أو ظهور في عقد العارية يقتضى تقييده بعدم التعدي أوالتفريط فالمنفعة التي اقتضى عقد العارية أباحتها غيرمضمونة » .

---

(١) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١٢ .

لكن يمكن ان يقال : ان مدة التعدى يكون ضامناً لابعدها ،كما اذا أودعه دابة فلم يضعها في الحرز مماعد تعدياً أو تفريطاً، وبعد ذلك ادخلها في الحرز ، فان الضمان حينئذ لاوجه له، والاصل مقطوع بانتفاء موضوعه، وهذا الذي ذكرناه هومقتضى القاعدة ، وان كان المشهور خلاف ذلك .

فعن الغنية والسرائر والمبسوط انه اذا استعار من غيره دابة ليحمل عليها وزناً معيناً فحمل أكثر أو ليركبها الى موضع معين فتعداه كان متعدياً ولزمه الضمان، ولوردها الى المكان المعين بلاخلاف ظاهر .

وفي القواعد: ولو تجاوز المأذون ضمن ، والظاهر انه يشمل ما اذا استعار دابة ليركبها الى موضع معين فتجاوزه، وماإذا حملها أكثر من المقدار المأذون فيه أو سيرها أكثر من المعتاد أو أشد ونحو ذلك كما في مفتاح الكرامة ، لكن قد عرفت ان الدليل الاصل ونحوه وهو لايصلح دليلا .

ومنه يعلم ان جواب الجواهر عن المحدث البحراني حيث أشكل على المحدث المذكور الفاق بين الحكم بضمان العين بالمسافة المأذون فيها دون المنفعة ، وذلك لان العارية ان انفسخت بالتعدي المزبور اتجه ضمان العين والمنفعة مطلقاً والا لم يتجه ضمان العين بعد العود الى المأذون فيه ـ انتهى بقوله :

«وفيه مالايخفى من حصول سبب الضمان وهو التعدي المزبور الذي ليس في الادلة مايقتضي انفساخ العارية به وبالتفريط ، فهو حينئذ على مقتضى تسببه الضمان حتى في المأذون فيه، اذ لاتنافي بين العارية والضمان بسببه أما المنفعة فهي على اذن العارية» .

غير ظاهر، لان العارية مادامت باقية ، فمقتضى القاعدة عدم الضمان بالنسبة

الى العين والحق في الاستنفاع بالمنفعة ، فالتفكيك يحتاج الى الدليل المفقود وعليه فاذا استعار الدابة من النجف الى كربلاء ذهاباًوعوداً فتعداها الى الكاظمية ثم رجع الى كربلاء، فالظاهر ان الرجوع بها الى النجف داخل في المأذون الا اذاكان الاذن مقيداً بعدم التعدي .

ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق مفتاح الكرامة، حيث قال:« فاذا استعار من بغداد الى الحلة فتجاوزها الى الكوفة فعليه اجرة مابين الحلة والكوفة ذهاباً وعوداً ، وهل تلزمه الاجرة من الحلة الى بغداد؟ في التذكرة ان الاقرب العدم لانه مأذون فيه من جهة المالك ، وقد يقال : ان هذا الاذن انقطع بالمجاوزة فليس له الركوب من الحلة الى بغداد ، بل يجب عليه دفعها الى حاكم الحلة ».

ولا يخفى ان مثل حال الزيادة في المسافة حال الزيادة في الحمل ، ثم الرجوع الى الحمل المقدر ، وحال الشدة في السير ثم الرجوع الى السير المتوسط، الى غيرذلك من الامثلة .

ومنه يعرف حال ماإذا استعار الدار ليسكن فيها كل شهر رمضان مثلا لأكثر ثم سكن فيها شهر رمضان وشوال بالنسبة الى شهر رمضان ، أو ليسكن فيها هو وعائلته، ثم اسكن فيها بالاضافة الى عائلته عائلة غيره أيضاً، ثم خفف بأن اسكن فيها عائلته فقط ، الى غيرذلك من الامثلة .

(مسألة ـ ١٦ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهـر : «لا خلاف ولا اشكال في انه يجوز للمستعير بيع غروسه وأبنيته في الارض المستعارة للمعير ، وبالعكس وللاجنبي، بل يجوز بيع المستعير لغيره أي المعير مع الاذن وبدونها بل مع النهي على الاشبه باصول المذهب وقواعده التي لاينافيها احتمال قلع المعير له وهدمه اياه ، فانه لايخرجه عن المالية المسوغة لبيعه » .

وفي القواعد قال : لكل من المستعير والمعير بيع ملكـه من صاحبه ومن أجنبي .

وفي مفتاح الكرامة:« أما بيع المستعير للمعير فمما لا خلاف فيه فيما أجد، قال في المسالك: الخلاف في بيعه لغير المعير، قلت: وكذا لا خلاف في بيع المعير للمستعير وللاجنبـي ، وانما الخلاف في بيع المستعير الاجنبـي ، ففي المبسوط ان الاقوى انـه لايجوز لانه لا يمكن تسليمه ، وقد تقدم انه قوي في المبسوط : انه ليس له الدخول، فلايمكن التسليم، وفي التحرير انه يبتنى على جواز الدخول ، فان سوغنا، جاز البيع، والا فلا » .

ثم ان المانع استند تارة الى عدم جواز الدخول واخرى الى انه في معرض الهدم، لان ملكه غير مستقر وفي كلا الامرين نظر، لان الاشتراء لايلازم الدخول وكونـه في معرض الهدم لا يضر البيع ولذا ردوه بأن الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه، وكذا العبد المستحق للقتل قصاصاً .

قال في الجواهر : « ان التسليم في مثله التخلية والانتفاع ممكن باستيذان المعير أوالاستيجار منه ونحو ذلك، وحرمة الدخول على المشتري والانتفاع به باعتبار اقتضاء عقد العارية الاذن للاول لاينافي جواز الشراء ، وان وجب عليه

حينئذ الاستيذان في البقاء من حينه ، فان لم يحصل كانت الاصول والالات في مقابلة ثمنه » .

ثم انه لافرق بين البيع مع علم المشتري ومع جهله منتهى الامر انه مع جهله مسلط على الفسخ، لظهور البيع في استحقاق البقاء واستحقاق الدخول فيتسلط على الخيار لقاعدة لا ضرر ونحوها[(١)] ، ويظهر من جواز البيع جواز الصلح والاجارة وغيرهما من سائر أنواع المعاملة ، كما يعلم منه انه لو استعار الدار وملأها باثاثه صح لكل من صاحب الدار والاثاث أن يبيع ماله من صاحبه ومن غيره، وكذلك اذا ابتلعت دابة جوهر انسان آخر، ثم المحكي عن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انهما لو اتفقا على بيع ملكهما معاً بثمن واحد صح ووزع الثمن عليهما ، وذلك بان يقسط الثمن على أرض مشغولة به على وجه الاعارة مستحق القلع بالارش أو الابقاء بالاجرة أو التملك بالقيمة مع التراضي، وعلى مافيها مستحق القلع على أحد الوجوه فلكل حصة مايملكه .

وتبعهم في ذلك صاحب الجواهر حيث قال : « ولو باع المستعير والمعير الارض ومافيها بثمن واحد صح ، ويوزع الثمن على قيمة مال كل منهما فيقوم الغرس والبناء في أرض مستعارة والارض مشغولة عارية بذلك، نعم يلحظ النسبة بينهما ويوزع الثمن عليهما كما هو واضح » .

ومن ذلك يعلم، انه لو باعهما أحدهما فضولة عن صاحبه وأجاز الاخر صح وكما يوزع الثمن عليهما على النحو المذكور يوزع الاجرة عليهما كذلك فيما

---

(١) الكافي : ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨ ـ الوسائل : ج ١٧ ص ٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب احياء الموات ح ٥ .

اذا اجراه، والظاهر انه لاحق للمستأجر في الفسخ اذا علم بانه ملك لاثنين فيما اذا استأجر من وكيلهما ، اذ ليس ذلك بنقص ، اللهم الا اذا كان ذلك يعد نقصاً لقوانين من الظلمة تقتضي ذلك، حيث له الفسخ حينئذ، كما انه اذا اشتراهما من وكيلهما بدون أن يعلم انهما لاثنين لا يحق له في الفسخ بالخيار الا في الصورة المستثناة في الاجارة، وكذا الحال في اشتراء أو استيجار الارض المشتركة ، اذ كثيراً ما الحكومات تجعل ضريبتين متزايدتين على قطعتين من الارض، بينما تجعل ضريبة أخف من الضريبتين على قطعة واحدة من الارض .

وعلى أي حـال فاذا لم يكن في الاشتراك عيب آخر فلا حق للمشتـري والمستأجر ونحوهما في خيار الفسخ لاصالة لزومهما .

(مسألة ـ ١٧ ـ) قال في الشرائــع ممزوجاً مع الجواهر : « اذا حملت الاهوية أوالسيول حباً مثلا الى ملك انسان فنبتكان لصاحب الارض ازالته بعد فرض امتناع المالك عنها من غير مراجعة للحاكم ولايضمن له الارش، بلربما استحق عليه الاجرة على ماتسمع كمافي مسألة أغصان الشجرة البارزة الى ملكه وظاهر المصنف اتحاد الحكم في المسألتين ».

وفي القواعد : ولو حمل السيل نواة فنبتت في أرض غيره أجبر المالك على القلع، والاقرب ان عليه تسوية الارض، لانه قلعه لتخليص ملكه ولصاحب الارض الازالة مجاناً .

وفي مفتاح الكرامة: «ان هذاالحكم هوالذي أفتى به المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد، وفي التذكرة : لوحمل السيل حب الغير أونواه أوجوزه أولوزه الى أرض آخركان على صاحب الارض رده على مالكه ان عرفه ، والا كان لقطة ، فان نبت في أرضه وصار زرعاً أو شجراً ، فانه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز واللوز لانه نماء أصله ،كما ان الفرخ لصاحب البيض لانعلم فيه خلافاً » .

أقول : مقتضىالقاعدة انه لافرق بينأن يحمل الهواءونحوها الحبةونحوها الى أرض الغير ، أو ان جذور أرض الغير جائت الى أرض انسان آخر حتى نبتت فيهاكما هوكثير في الاراضي المجاورة لوحدة الحكم في البابين ، ثمان كان صاحب الحب ونحوه أعرض عن حبه ، ولاضرر ولاأذية لملك الغير منه، فانه يصبح من المباحات الاصلية ، ولافرق أن يكون الاعراض حينئذ قبل القاء الهواء له في أرض الغير أو بعده .

نعم لايبعد أن يكون لمالك الارض الزاممالك الحب بالازالة اذا عدتصرفاً

في ملكه ، وكان الاعراض بعدالالقاء ، اذ التصرف حرام وان لم يكن ضرر ولا أذية بالنسبة الى المتصرف في ملكه ، أمااذا كان الاعراض قبل الالقاء ، فالهواء انماحملت ماليس بملك أحدالى ملك غيره، فلايصح لمالك الارض أن يلزم مالك الحب سابقاً بازالته، اذ الملك السابق لايؤثر في تكليفه بالازالة ولو كان أذية له. ولو كان الاعراض بعد الالقاءإذا كان أذية أو ضرراً وجبت الازالة ، ولو أرادت دابة دخول دار الغير مما يعد أذية له أو ضرراً ، فقال صاحبها: أعرضت عنها لئلا يبتلى بتوابع الدخول ، فهل يكفي الاعراض في ذلك أم لا ؟ احتمالان من انها لم تكن ملكه حين الدخول ، ومن انه يعد عرفاً ضاراً .

ومنه يعلم حال ماذا حملت الهواء فأعرض قبل الالقاء، وحال ماذا عقر الكلب وأعرض عنه قبل العقر ، الى غير ذلك من الامثلة ، وان كان الاحوط الضمان في كل ذلك .

ثم الظاهر انه اذا أعرض صح له استرجاعه قبل تملك الغير دون مابعده ، وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان الاعراض يوجب لحوق الملك بالمباحات الاصلية ، فهو لمن سبقه ، فاذا سبقه غيره لايصح له أن يسترجعه ، بخلاف ما اذا لم يستملكه غيره .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك : من انه يجوز للمالك الرجوع ما دامت العين باقية ، لان ذلك بمنزلة الاباحة ، ولذا قال في الجواهر عليه : انه قد يشكل باصالة اللزوم بعد حرمة القياس على الهبة ومنع كونه أولى ، بل ينبغي الجزم بذلك، بناءاً على صيرورته كالمباحات بالاعراض ، وعلى هذا فمع فرض الاعراض لمالك الارض وغيره تملكه، وله طرحه من أرضه كغيره من المال المعرض عنه ، وان كان كثيراً ، واذا أعرض المالك وجاء الغير الى الارض وأخذه صار له

وان كان دخوله في الارض حراماً لعدم المنافاة بين الامرين .

ثم الظاهر انه اذا نبتت النواة أو جذور شجرة الغير كان مشتركاً بين مالك الارض ومالك النواة ، بل اذا كان الماء لشخص ثالث كان هو أيضاً مشتركاً ، لانه نتاج الجميع كما ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الغصب] خلافاً للمشهور ، حيث يجعلون ذلك لمالك الحب فقط .

ثم انه لافرق فيما ذكرناه بين أن يكون الحب المحمول قليلا كحبة حنطة أو كثيراً ، لاطلاق الادلة ، فاحتمال الفرق غير ظاهر الوجه .

قال في المسالك : «ولو كان قليلا لايتمول كنواة واحدة وحبة واحدة فنبتت احتمل كونه لمالك الارض ان قلنا لايجب رد مثله على مالكه لانتفاء حقيقة المالية فيه والتقويم انما حصل في أرضه ، والاقوى عدم جواز تملكه مطلقاً فيكون حكمه كما تقدم » .

وماقواه هو القوي ، اذ لاتسليم لانتفاء حقيقة المالية فيه ، وكيف كان، فقد علم مما تقدم ان لصاحب الارض جبر مالك الحب على القلع ان لم يعرض قبل حمل الهواء على ماتقدم، وان أعرض قبل حمل الهواء ليس له ذلك ، لانه ليس ملكاً له حتى يجبره على ذلك .

ومنه يعلم وجه اشكال الجواهر على من اطلق الاجبار قال : « الظاهر ممن تعرض لذلك عدم تسلط صاحب الارض على جبره على القلع بعد تحقق الاعراض عنه ، ولكن قد يشكل اذا فرض حصول الاعراض بعد اشتغال الارض به ، بل وقبله بناءاً على عدم خروجه عن الملك بذلك ، اذ هو حينئذ نحو ما قيل فيما لو ترك الحب صاحبه لصاحب الارض ولم يقبله » .

لكن قوله : بناءاً الخ، غير ظاهر الوجه، لما عرفت من ان الاعراض مخرج

عن الملك ، فمقتضى القاعدة هو التفصيل المذكور، نعم قد ذكرنا في [كتاب الغصب] تفصيلا ، وألمعنا اليه في بعض المسائل السابقة في هذا الكتاب حول الاجبار ، وانه انما يكون فيما اذا لم يكن اسراف يمنع عنه الشرع ، ولم يكن من تعارض الضررين ، حيث يقدم لاضرر مالك الحب على لاضرر مالك الارض.

ثم انه لو أفسد الحب الذي نبت زرع صاحب الارض أو أرضه أوما أشبه فمقتضى القاعدة ان المالك للحب ونحوه ان كان مقصراً كان ضمانه عليه والالم يكن عليه ضمان لاصالة البراءة بعد ان لم يكن تسبيب .

ومما تقدم يظهر حال ماذا فعل الحيوان فعل الهواء لاشتراك العلة في الاثنين، أما لو ان انساناً فعل ذلك ، فالظاهر ان عليه خسارة كل طرف منهما ، سواء كان عامداً أم لا ؟ اذ الضمان لايتبع العمد ، أما مؤنة النقل عن أرض الغير فيما اذا لم يكن اعراض قبل ذهاب الهواء به الى أرض الغير ، فالظاهر انها على مالك الحب ، وان أعرض بعد ذلك لانه لما كان ملكه وجب عليه نقله فاعراضه لايفيد سقوط الوجوب عليه ، بل هو من قبيل أن يملأ دار الغير بالنفايات ثم يعرض عنها ، فان الاعراض لايسبب عدم وجوب تخليتها منها بدليل لاضرر وغيره .

ومنه يعلم وجه النظر في اطلاق التذكرة ، حيث قطع بسقوط مؤنة نقله واجرته عنه ، لانه حصل بغير تفريطه ولاعدوانه وكان الخيار لصاحب الارض المشغولة ان شاء أخذه لنفسه ، وان شاء قلعه، ولذا قال في الجواهر: انه لايخفى عليك مافيه ، بناءاً على وجوب تخليص ملك الغير منه ضرورة ان الاعراض عنه بعد عدم الخروج عن ملكه به، أو البذل لصاحب الارض مع عدم القبول لايرفع الوجوب المزبور عنه الذي قد صرح به غير واحد في الصورة الاخرى ، وهي مالو علم المالك بعينه ولم يكن منه اعراض ولابذل، معللين له بأن ملكه قد شغل

أرض غيره بغيرحق فيجب تخليصه منه والتسوية وطم الحفر، بل صرح بعضهم بوجوب الاجرة عليه للمدة بعد امتناعه ، لانه كالغاصب حينئذ .

ومنه يعلم ان مناقشته بعد ذلكفي الاجرة غيرظاهر الوجه ، حيث قال : «بل قد يناقش في الاجرة مطلقاً للشك في وجوب التخليص عليه بعد أن لم يكن الشغل منه للاصل، وكونه مالكاً لايقتضي ذلك، نعم لصاحب الارض بعدامتناع المالك ازالته عن ملكه كما عبر به المصنف» .

اذ مال مالك الحب هو الشاغل لارض الغير، فهو كما اذا سقط درهمه في محبرة غيره ثم أعرض عن الدرهم، فان الاعراض لايوجب عدم ضمانه،والتقصير وعدم التقصيرلاتأثير له في الضمانات ، ولذا لو دعى غيره الى منزله فعقره كلبه كان ضامناً ، وان لم يكن مقصراً في عقر الكلب له ، وكذا اذا انقلب الظئرعلى الطفل فمات وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل والتتبع .

قال في مفتاح الكرامة:« قال في المبسوط والسرائر وجامع المقاصد ان له على المالك اجرة الأرض لانها حصلت فيها بغيرصنع منه . وفي الاخير : ان ذلك اذا قصر في القلع ، وقضية كلامه ان ليس عليه اجرة ان لم يقصر فيه ، وقد يقال : ليس عليه اجرة أصلا ، لانه قد حصل بغير تفريط فأشبه مالوماتتدابته في دار انسان بغير تفريطه فليتأمل » .

والمسألة سيالة في كل ماسبب ملك انسان ضرر انسان آخر بدون تقصيرمن ذلك الانسان المالك ، هل يجب على المالك تدارك الخسارة ، لانالضررتوجه منه الى ذلك الانسان ، أو لايجب مطلقاً ، أو انه فرق بين أن يكون قد أعرض عن ماله قبل أن يدخل ملك غيره أو يعرض عنه بعد دخول ملك غيره ؟

ثم انك حيث قد عرفت ان المدار في المقام هوعدم الاسراف في القلع لانه

محظورشرعاً ، وتقدم الضرر الاقل على الضرر الاكثر في تعارض الضررين ، لانه مقتضى لاضرر تعرف وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال: «انه لم يجد أحداً احتمل هنا وجوب الانتظار في الزرع الذي له أمدولادفع الارش فيه أوفي الشجر كما ذكروه في العارية ونحوها .

بل صريح بعضهم عدمه مع انك قد سمعت ان بناء ذلك في العارية على تزاحم الحقوق ، وعدم كونه ظالماً في عرقه والا فالاذن له يجوز له الرجوع فيها لانها حصلت في ضمن عقد جائز واجراء قاعدة تزاحم الحقوق، ومراعاة الاكثر ضرراً والقرعة ونحوها في المقام ان لم يكن أولى من ذلك المقام ، فهو مساو له، مثل دابة وضعت رأسها في قدر شخص أو دخلت دارالغير فاحتاج اخراجها الى خراب الباب مثلا ونحو ذلك فلابد من ملاحظة الفرق بين المقامين، ولعله قاعدة اخرى وهي وجوب تخليص ملك الغيرعما اشتغل فيه من ملك آخر» .

بالاضافة الى ان القاعدة الأخيرة لادليل عليها الا العمومات أمثال لاضرر ، ولايتوى، وماأشبه .

ثم ان القواعد قال: والاقرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير والاقوى كما في الايضاح ، والاصح كما في جامع المقاصد ، وبه جزم في التذكرة قائلا : فأشبه فصيلا دخل دار انسان ، ثم كبر فاحتاج صاحبه الى نقض باب الدار ، فان عليه رده واصلاحه ، لانه فعله لتخليص ملكه .

أقول: ولافرق في ذلك بين أن يكون صاحب النواة هو الذي قلع الشجرة أو صاحب الارض ، وذلك لان شغل أرض المالك لما كان بغير حق وجب أن يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى ، فاذا لم يفعله وفعله مالك الارض كان

الحكم كذلك فيما يحدث من الضرر على صاحب الارض فيجب على مالك النواة ازالته ، وقد عرفت سابقاً انـه لو أعرض عنه لم ينفع ذلك ، فحاله حال مـاذا أعرض عن دابته في دار غيره أو عن درهمه في محبرة غيره أو ماأشبه ذلك .

ومنه يعلم ان قول مفتاح الكرامة : اذا كان النوى والحب مما أعرض عنه المالك فلصاحب الارض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه . محل نظر في كلا فرعيه .
ثم ان المسالك قال: «ولو اشتبه المالك في قوم منحصرين وجب عليهم أجمع التخلص بالصلح أو التمليك ونحوه ويجب على مالك الارض أيضاً مراجعتهم فيما يراجع فيه المالك المعين، ولو لم ينحصر المالك كان بمنزلة اللقطة يجوز تملكه ان كان دون الدرهم حين التملك، فلو تركه من غير نية التملك حتى بلغه وجب تعريفه كاللقطة ويحتمل كونه كمال مجهول المالك في جواز التصدق به عنه من غير تعريف» .

وقد أشكل على المحصور في الجواهر بقوله : فيه ان هذا الوجـوب لا وجه له لتمسك كل منهم بأصل البرائة السالم عن معارضة باب المقدمة في الفرض المعلوم عدمها فيه ، فالمتجه حينئذ ازالته بنفسه عن ملكه بعد مراجعة الحـاكم أو بدونه ، ولكن يسلم المال الى الحاكم ، وفيه ان مقتضى القاعدة هو جريان قاعدة العدل، فهو كما اذا سرق أحدهما مال زيد أو خولط ماله بماله ، فانه يجب جريان قاعدة العدل ، وكذا اذا علم زيد ان أحد هذين يطلبه ديناراً .

وقد قال بمثل ذلك الجواهـر في كتاب الخمس ، ففي الماليات لاتجري أصل البرائة وانما ذلك في مثل واجدي المني ونحوه على مـاذكره الشيخ في الرسائـل على اشكال في بعض الصور منه أيضاً ،كما ان مـاذكره المسالك في الشق الثاني بأنه بمنزلة اللقطة هو مقتضى القاعدة ، وقول الجواهر فيه انه الى مجهول المالك أقرب منه اليها لعدم تحقق كونه مالا ضائعاً ولو بقرينة ، بـل هو

كالثوب الذي أطارته الريح، فيه : ان مفروض الكلام كونه مالا ضائعاً،وكذلك حال الثوب الذي أطارته الريح .

أما قول جامع المقاصد : ولوجهل المالك مع عدم تحقق الاعراض، فهو مال مجهول المالك ، فلعله لايريد بما يقابل اللقطة .

وفي مفتاح الكرامة :«هو لقطة كما عن التذكرة يجب تعريفه الا أن يحصل اليأس من مالكه في الحال فيجوز التصدق به، وان أراد تملكه فلابدمن التعريف.

وعلى أي حال ، فهو محتاج الى التعريف ، نعم اذا لم يعلم هل لـه مالك أو لا ؟ اذا لم يكن استصحاب كان من مجهول المالك ولم يكن من اللقطة .

ثم ان المسالك قال: «ولوحمل السيل أرضاً بشجرها أو بدونه فهي لمالكها ويجبر على ازالتها كما مر ، وفي جميع ذلك لـو تركه مالكه لصاحب الارض الذي انتقل اليها، فان قبله فلاكلام والا ففي وجوب ازالته على مالكه وجهان.

والفرع الاول :كما ذكره على ماتقدم دليله في شبهه ، وأمـا الفرع الثاني فان مقتضى القاعدة وجوب الازالة لما عرفت سابقاً فلاوجه لعدم وجوب الازالة ثم ان مما تقدم من كـون المالك للحب مشتبهاً ، وان مقتضى القاعدة جريـان قاعدة العدل يعرف ماإذا كان مـالك الارض مشتبهاً بين نفريـن ، أو أكثر حيث مقتضى القاعدة جريان قاعدة العدل ، ولوحمل السيل أو الهواء من بستان الجار أو داره ، فقال الجار : ليس مالي ، وقال صاحب الارض : بل هو مالك احتاج صاحب الارض الى الدليل والا حلف صاحب البستان .

كما انه لو انعكس بأن ادعى صاحب الدار أو البستان ان السيل حمله من داره أو بستانه ، وانه مالـه ، وأنكر صاحب الارض احتاج صاحب البستان أو

الدار الى الدليل على كونه مالا له ، ويكفي لصاحب الأرض الحلف على عدم علمه بأنه له اذا لم يكن لصاحب البستان الحجة ولم يدع صاحب الارض علمه بأنه ليس له والا احتاج الى الحلف على العدم .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : «لو نقصت العين المستعارة بسبب الاستعمال المأذون فيه ، ثم تلفت ، وقد شرط ضمانها ضمن قيمتها يوم تلفها كما عن المبسوط والتذكرة والمختلف والحواشي، لان النقصان المذكور غير مضمون في نفسه ولامندرج في اطلاق ضمان المشترط ، نعم لو نص عليه في الشرطية اتجه ضمانه » .

وهو كما ذكروه ، نعم قد ذكرنا في [كتاب الغصب] ان مقتضى القاعدة الضمان يوم التسليم لايوم التلف ، لانه حين التلف ينتقل الى الذمة وانما يوم التسليم ينتقل الى القيمة .

قال في المسالك : اذا شرط ضمان المستعار فقد شرط ضمان عينه على تقدير التلف وضمان نقصانه على تقديره وضمانهما معاً على تقديرهما ، وقد يطلق اشتراط الضمان ، ولاشبهة في اتباع مقتضى شرطه في الثلاثة الاول فيضمن العين خاصة في الاول والنقصان خاصة في الثاني الى أن ينتهي حالات تقويمه باقياً وضمانهما معاً في الثالث ، وانما الكلام عند اطلاق اشتراط الضمان وهو مسألة الكتاب والمصنف (رحمه الله) جزم بأن الاطلاق منزل على ضمان العين خاصة فيضمن قيمتها يوم التلف ، لان النقص حصل بفعل مأذون فلايكون مضموناً لانها لولم يتلف وردها على تلك الحال لم يجب شيء ، فاذا تلف وجبت مساويها في تلك الحال .

أقول : المتبع الظهور ، وان كان بالنسبة الى النقص ، اذ ليس النقص من لوازم الاستعمال فيجوز أن يكون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً ، ولو فرض اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل منه بمعنى كون المنفعة المأذون فيها هي نفس النقص المزبور لم يضمن، ولم يعرف وجه قول الجواهر انه في هذه

الصورة يتجه عدم صحة اشتراط ضمانه، لان الضمان حكم وضعي، والاستعمال حكم تكليفي ولامنافاة بينهما . وقوله بعد ذلك : ان اتحاد الانتفاع بالعين مع النقص الحاصل مجرد تصور وهمي، غيرظاهر ، فانا نرى في العطور وماأشبه انها تنقص بمجرد فتح رأس القنينة ووضعها في الغرفة لطيرانها بالبقاء .

ومما تقدم ظهر الاشكال في موضعين :

الاول : تنزيل الاطلاق على ضمان العين خاصة بدليل انه المتبادر من اطلاق النص والفتوى في المعير والمستعير ، ولايخطر ضمان الاجزاءِ بالبال لانه لاتكاد تنفك عارية غالباً عن نقصها بالاستعمال ولو يسيراً الا ماقل كمانبه عليه في المبسوط اذ لانسلم ان الاطلاق مطلقاً كذلك ، بل اللازم ملاحظة العرف والقرائن .

نعم لو شك في ضمان الاجزاء والمنفعة كان الاصل عدم الضمان ، لانه مقتضى العارية الا ماخرج بالدليل .

الثاني : في استشكال العلامة في ضمان الاجزاء ، حيث قال : لان النقص غير مضمون على اشكال ، وكأنه لاستناد النقص الى فعل مأذون فيه فلايكون مضموناً، ومن انها عين مضمونة بالاشتراط، ونحوه ماعن الكفاية وجامع المقاصد حيث قال : انه قد تعارض في تضمين الاجزاء الذي هو مقتضى تضمين العين والاذن في الاستعمال الذي هو مقتض لكون أنواع الاستعمال المأذون فيها لايتعلق بها ضمان وهو محل تردد ، لكنه قال بعد ذلك : لاأستبعد ضمانها (أي الاجزاء) لانه ليس من لوازم أصل الاستعمال النقص، ولامنافاة بين كون الاستعمال مأذوناً فيه والنقص مضموناً وهو قوي جداً .

وقد عرفت انه لاوجه للاشكال المذكور، ومقتضى القاعدة الضمان، والظاهر انه تبع في هذا القول فخر المحققين حيث جعل الضمان الاصح، وحكاه عن أبي

علي وأبي الصلاح ، وتبعهم المسالك واحتمل في مفتاح الكرامة حمل خبر وهب على ذلك ، وهو مارواه عن جعفر ، عن أبيه عليهما السلام : ان علياً عليه السلام قال: من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن ، ومن استعار حراً صغيراً فهو ضامن[(١)] قال : «وقد حمله في الاستبصار على ماذا استعار من غير مالكه تارة وعلى ماذا فرط في حفظه أو تعدى تارة ، وعلى ماذا اشترط الضمان عليه اخرى ، وهذاقد يوافق مافي الايضاح وجامع المقاصد ».

لكن لايخفى مافي الاستدلال بذلك لقول الجواهر : انه ظاهر في غيرمحل الفرض الذي هو النقصان الناشي من نفس الاستعمال كانمحاق الثوب ونحوه لا اتفاق تلف بعض أجزائه بحرق ونحوه ، فانه لاشك في اندراجه في اطلاق الضمان المشترط الذي هو الجملة والاجزاء كما هو واضح .

وعلى أي حال، فالظاهر صحة شرط الضمان في النقص، سواء كان بالاستعمال أو بالتلف ، ولايبعد أن يكون الخبر محمولا على التعدي أو التفريط ، لان العيب غالباً لايكون الا بسبب ذلك .

ثم ان مفتاح الكرامة قال : «وعلى القول بالضمان، فانه يضمن أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف لمكان ذهاب الاجزاء على التدريج كالثوب يلبس وينسحق على التدريج ولايضمن الاعلى لو كان اختلاف القيم بحسب اختلاف القيمة السوقية ، لان ذلك ليس من مدلول ضمان العين على انا لم نوجبه على الغاصب ».

وفي كلامه الاخير نظر ، لانه لافرق في الضمان بين اختلاف القيمة السوقية

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العارية ح ١١ .

وغيره ، وكأن الجواهر أشار الى مثل هذا الاشكال حيث قال : « وقد وقع في بعض الكتب المتأخرة هناما لاينبغي أن يسطر فلاتغفل ».

وعليه ، فاذا شرط الضمان فكانت القيمة عند تسلم العارية مائة وعند التلف مائتين مثلا وجب عليه اعطاء المائتين ،كما انه لونقصت القيمة فصارت خمسين كان مقتضى القاعدة ضمان خمسين الا أن يكون نص أو ظهور في الضمان بقدر قيمة وقت التسلم ، سواء زادت بعد ذلك أو نقصت .

والحاصل : انه ان قدر الضمان بالقدر المعين عند الشرط فهو والا فاذاكان الشرط مطلقاً فالمرجع العرف فيقدر الفهم، واذاكان مجملا كان المتبع الاصل على ماتقدم، ثم يأتي الكلام فيقدر القيمة هل هومن حين التسلم الىحين التلف أو الى حين التسليم على ماذكرناه سابقاً ، وذكرنا مثله في [كتاب الغصب]فان المتبع هو الظهور ثم العرف ثم الاصل .

ثم النقص لولم يوجب شيئاً أو أوجب زيادة القيمةكما في الحيوان اذا خصى فالظاهر انه لاشيء على المستعير ، سواء كان الضمان بالتعدي والتفريط أو بالشرط ولو بدونهما لفرض انه لم ينقص شيء من القيمة .

نعم لوكان الشرط الضمان بقدر المنقوص وان لم تنقص من القيمة وجب اعطاء قيمة المنقوص ،كما اذا قطع ألية الغنم وكانت للالية قيمة ، وان لم تنقص قيمة الغنم بذلك أو زادت به ، والظاهر صحة شرط العكس وهو انه لو زادت القيمة كانت الزيادة للمستعير .

كما اذا سمنت الدابة عنده أو نمت الشجرة أو نحو ذلك ، لاطلاق كون المؤمنين عند شروطهم ، ولايلزم أن تكون الزيادة من عمل المستعير ، لان

الاستدلال ليس بـ ﴿ان ليس للانسان الا ماسعى﴾[(١)] وانما الاستدلال بالشرط ، والشرط يصح أن يكون ولو بدون سعي المستعير ،كما يصح اشتراط أن يكون الزيادة أو النقص على ثالث أو له ، أما له فلاحاجة الى شيء ، وأما عليه فيصح اذا كان في ضمن عقد ونحوه مما يكون ملزماً للثالث ، وكما يصح شرط كون النقص مطلقاً على المستعير يصح شرط كون بعض أقسام النقص عليه دون بعض أقسام النقص ، لانه مقتضى عموم المؤمنون عند شروطهم[(٢)] ،كما هو واضح ، وكذلك في طرف الزيادة .

ثم انه لو شرط ضمان النقص ، فان كان المراد النقص حين التسليم الى المعير لم يكن على المستعير شيء اذا نقص وكمل ،كما اذا انكسرت رجل الدابة ثم جبرت أو هزلت ثم سمنت ، أما اذا كان الشرط ان النقص في حين النقص مضمون وان رجع الى الكمال كان مثل الهزال والكسر مضموناً ، وان رجعت الدابة الى حالتها السابقة عند التسليم وذلك لمقتضى دليل الشرط .

ومنه يعلم الحال فيما اذا سمنت الدابة ثم هزلت هزالا بقدر وقت تسلمها عن المعير، فان السمن قد يكون مضموناًوقد لايكون مضموناً على حسب الشرط.

---

(١) النجم : آية / ٣٩ .

(٢) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور .
الاستبصار : ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤ .

(مسألة ـ ١٩ ـ) قال في الشرائع : «اذا قال الراكب : أعرتنيها ، وقال المالك : أجرتكها ، فالقول قول الراكب ، لان المالك مدع للاجرة ، وقيل : القول قول المالك في عدم العارية ، فاذا حلف سقطت دعوى الراكب وتثبت عليه اجرة المثل لاالمسمى وهو الاشبه ، ولوكان الاختلاف عقيب العقد من غير انتفاع كان القول قول الراكب ، لان المالك يدعي عقداً ، وهذا ينكره» .

وقال في القواعد : لو ادعى العارية والمالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير ، ولو انتفع جميع المدة أو بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما على اباحة المنفعة ، والاصل برائة الذمة من الاجرة وتصديق المالك بيمينه ، لان الاصل مملوك ، فكذا المنفعة فيحلف على نفي العارية ويثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعى .

أقول : مقتضى القاعدة هو التحالف ، لانا قد ذكرنا في [كتاب القضاء] وغيره انالملاحظ في الدعوى المصب لاالمآل فيتحالفان، حاله حال ما اذاادعى أحدهما العارية والاخر الصلح، أو أحدهما الصلح والاخرالاجارةأو ماأشبهذلك لانه لاجامع بين الامرين ، فاذا بطل حسب الظاهر كل من الاجارة والاعارة ، فعلى مدعي العارية اعطاء الاجرة ، سواء كانت أقل مما يدعيه المالك أو أكثر أو مساوياً .

نعم لوكان المالك يدعي الاقل يحتمل انليس له على مدعى العارية التفاوت لانه بنفسه ينفيه، واقرار العقلاءعلى أنفسهم جائز .

وفي مفتاح الكرامة نقل في المسألة أقوالا ستة ، وجعل هذا القول الذي اخترناه هو قول المختلف والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومزارعة القواعد والارشاد وجامع المقاصد والروض، وانهنزل الشهيد

عبارة القواعـد في الحواشي المنسوبـة اليه على ذلك ، لان كلا منهما مدع ومدع عليه فيحلف المالك على نفي الاعارة والراكب على نفي الاجارة .

و (الثاني) هو ان القول قول الراكب المستعير وهو خيرة عارية الخلاف والمبسوط مع تقييد العاريـة في المبسوط بما اذاكانت مضمونة والغنية واللمعة ومجمع البرهان والكفاية ، وبه قال أبوحنيفة، واستدلوا لذلك بانهما اتفقا على ان تلف المنافع كان على ملك المستعير، لان المالك يزعم انه ملكها بالاجارة ، والمستعير يزعم انه ملكها بالاستعارة ، وقد ادعى عليه عوض ماتلـف على ملكه والاصل عدم وجوبه وبرائة ذمته .

و (الثالث) ان القول قول المالك في عدم العارية لموافقته الاصل والظاهر الغالب ولا يقبل قوله فيما يدعيه من الاجارة وهو خيرة الشرائع والتحريـر في الباب وباب المزارعة واجارة المهذب ومزارعة التذكرة وهو محتمل من اجارة المبسوط والشرائع أوظاهرهما، لان المالك مدع، فاذا حلف على نفي العارية لم تثبت الاجارة ولكن يثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه أجرة المثل .

و (الرابع) هو ماتقدم عن القواعد واختاره الارشاد أيضاً .

و (الخامس) القرعة في تقديم حلف أيهما، وهو مختار الشيخ في مزارعة الخلاف، وجعله في المبسوط أحوط .

قال في الخلاف: والذي يليـق بمذهبنا أن يستعمل فيه القرعة، ومن خرج اسمه حلف وحكم له به، ومعناه ان معرفة المدعي والمنكر مشتبهة عليه في المقام فيجب المصير الى القرعة وقضية مافي المبسوط ان الحاكم لمكان الاشتباه مخير في تقديم أيهما شاء ، والاحوط القرعة .

و (السادس) قول السرائر حيث قال: «لانقبل قول المالك في مقدارماادعاه من الاجرة، ولانقبل قول الراكب فيماادعاه من العاريـة ، بل يوجب عليه اجرة المثل، لانا قد تحققنا ركوب الدابة والراكب يدعي العارية فيحتاج الى بينة ، والمالك يدعى عقد اجارة واجرةمعينة يحتاج أيضاً الى بينة، فاذا عدمنا البينات على ذلك، وقد تحققنا ركوب الدابة فالواجب في ذلك أجرة المثل عوضاً عن منافع الدابـة المتحققة» .

وبعد ماذكرناه من مقتضى القاعدة لايهم انكانت الاقوال الستـة أقوالا في المسألة أملا ؟ على مانفاها صاحب الجواهر، وحصر الاقوال في ثلاثة فقط،كما لايهم رد استدلالات الاقوال الاخر علـى فرض كونها أقوالا ، حيث ان مقتضى القاعدة لايدع لها مجالا ، وان كان في استدلالاتهم مافيه ممّا يظهر لمن تدبر أو راجع المطولات،كما انه لايمكن أن يقف أمام ما اخترناه صحيح اسحاق بن عمار قال: سألت أباالحسن عليه السلام، عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت؟ فقال الرجل الذيكانت عنده وديعة، وقال الاخر:كانت عليك قرضاً، قال: المال لازم الا أن يقيم البينة انهاكانت وديعة .[1]

اذ بالاضافة الى ان الروايـة في غير المقام ووحدة المناط غيرمقطوع بها ان اللازم تقييد الرواية بمااذا تحالفا، وحينئذ فالمال لازم على مااخترناه وذكرته الرواية .

ومن الواضح ان الرواية لابد وان تقيد، أما بما ذكرناه، وأما بأن المالك يجب عليه الحلف اذا لميكن للاخذ البينة لانها جعلت البينة للاخذ فعلىالمالك

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٢ الباب ٧ من أحكام الوديعة ح ١ .

الحلف، وتقييد الرواية بماذكرناه يجعلها حسب القاعدة بخلاف تقييدها بحلف المالك ، فانــه اذا دار الامر بين أحد التقييدين كان التقييد الموافــق للقاعدة أولى .

وكيف كان فبذلك ظهر انه لافرق بين الصورتين المذكورتين في الشرائع والقواعد على مانقلنــا عبارتهما، كمالافرق في التنازع بينهما بين أن يكون بعد مضي مدة الاجارة المدعاة أو في أثنائها، كما انه لافرق بين بقاء العين وتلفها .

وعليه، فلذاكانت العين موجودة أخذها المالك، أما اذاكانت العين تالفة بغير تفريط فان كانت أمانة كمالوكانت الاعارة التي يدعيها الراكب غيرمضمونة فلا شيء على الراكب لاتفاقهما على كونها في يده أمانة :

أمّا بالاجارة وهي غيرمضمونة أو بالاعارة وهي غير مضمونـة على حسب الفرض، وأما ان كان مدعي العارية يقول بأنهاكانت عارية مضمونة، ففي المسالك ان مدعــي الاعارة يعترف بثبوت القيمة في ذمّته والمالك ينكــره لعدم اقتضاء الاجارة الضمان فيتوقف الى أن يتفقا عليه .

لكن في الجواهر: الظاهر ان له المقاصة بماأخذ منه من أجرة المثل والزائد يجب عليه التوصل الى ايصالــه بأحد الطرق الممكنة ، وماذكره الجواهر هو مقتضى القاعدة، لان مدعي العارية يقول: عارية مضمونة فلااجرة، وانما لك علي بدل العين، والمالك يقول : اجارة فلــي الاجرة وليس لي عليك بدل العيــن ، فللمالك أخذ مايعطيه مدعي العاريــة من باب الاجرة لذاكان مايعطيه بقدر القيمة أوأقل، ويتوصل المالك الى التفاوت فيماكان أقل بالمقاصة من مال آخر، وان كان مايعطيه مدعي العارية أكثر رد عليه التفاوت .

ثم ان مماتقدم من ان مقتضى القاعدة التحالف في مثل هذا الاختلاف يظهر

وجه النظر في قول مفتاح الكرامة قال: «لو انعكس هذا الاختلاف وادعى المالك الاعارة والمتصرف الاجارة، فالقول قول المالك، سواء كان قبل مضي مدة لمثلها أجرة أو بعد مضي مدة الاجارة أو بعد مضي بعض المدة وفي الصورتين الاخيرتين تكون الاجرة مجهولة المالك» .

اذ بعد كون مقتضى القاعدة التحالف لا فرق في ان يدعي هذا الاجارة وذاك الاعارة أو بالعكس .

ثم انه لا فرق فيما ذكر في ضمان العارية بين أن تكون بالشرط أو بالاصل كعارية الذهب . وفي الجواهر: «لو انعكست الدعوى بأن ادعى المالك الاعارة المضمونة والراكب ادعى الاجارة والفرض تلف العين ، فان اتفقت الاجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وان زادت القيمة أخذها باليمين، بناءاً على ماعرفته من الاصل المزبور وهذا غير دعوى الضمان في العارية بعد اتفاقهما عليها لان الاصل عدم الاشتراط هناك ، فيتحقق حينئذ من المالك ما لا يترتب عليه ضمان بخلافه في الفرض الذي بعد التحالف يبقى اصالة احترام مال المسلم » .

ومما تقدم ظهر انه لا فرق بين أن يكون المالك يدعى الاجارة أو الصلح بعوض أو الهبة المعوضة على المنفعة أو ما أشبه ذلك ، أما اذا ادعى المالك الغصب والمتصرف العارية كان من باب المدعي والمنكر، لان الغصب ليس عقداً وقد ذكرنا شبه هذه المسألة في [كتاب الغصب] .

(مسألة ـ ٢٠ ـ) قال في الشرائع : اذا استعار لينتفع به في شيءٍ فانتفع به في غيره ضمن ، فان كان له اجرة لزمته اجرة مثله ، وفي المسالك من غير فرق بين كون المنفعة التى استوفاها أشق من المأذون فيها ومساوية وأدنى اذاكان مخالفة لها في الجنس ، ولو اتفقا في الجنس كانواع الزرع ففيه ما مر من الاشكال .

أقول : قد تقدم ان مقتضى القاعدة عدم التعدي عن عقد الاستعارة فكل تعد يكون تصرفاً في ملك الغير بغير اذنه ويكون ذلك موجباً للاجرة اذا كانت له اجرة ، من غير فرق بين أن ينتفع نفس المستعير أو غيره ، ولافرق في ذلك بين العارية والاجارة والصلح وغيرها .

فقول الجواهر : « كأن وجه الفرق بين العارية والاجارة مثلا ان مقتضى الثاني ملك المنفعة وهو انما يتشخص بما يقتضي تنويعه كالركوب والتحميل ونحوهما الا مع الشرط فيجب حينئذ من حيث الاشتراط ، ومن حيث ملك خصوص تلك المنفعة ، فلو استأجر داراً مثلا لربط دابة مخصوصة فماتت تلك الدابة لم تبطل الاجارة ، بل له ربط غيرها فيه مما هي أقل ضرراً أو مساوياً ، وكذا ركوب الدابة وسكنى الدار ونحو ذلك ضرورة اقتضاء الملك ما ذكرناه مما لا خصوصية فيه الا مع الشرط ، فانه يكون حينئذ نحو اشتراط المباشرة في الاجير المقتضية انفساخ العقد بفواتها .

أما العارية فهي ليست الا اباحة لا فرق فيها بالنسبة الى ذلك ، فمع فرض الاقتصار فيها على شيء مخصوص بحيث لاينقل منه الى غيره لم يجز له التعدي ولو الى الاقل من الجنس ، فضلا عن غيره » .

غير ظاهر الوجه ، ثم انه قد تقدم ان تفاوت المأذون وغير المأذون قد يوجب عدم الاذن في الجميع ، وقد يوجب عدم الاذن في غير المأذون خاصة

فاذا استعار الدابة لحمل وزنة من الحنطة فحملها وزنة من الحنطة والشعير وكان بحيث لم يأذن المالك، في كل ذلك الحمل كان عليه اجرة كل الوزنة ، أما اذا كان اذن في حمل نصف الوزنة مـن الحنطة كان عليه اجـرة نصف الوزنة من الشعير فقط .

ومن ذلك يعلم انه لو استعار الحديقة فأعطاها ماءاً أزيد أو أقل من المتعارف يكون ضامناً بقدر التفاوت ، أو بقدر الكل ، لان المسألتين مـن باب واحد ، وكذا اذا استعار الدابة فأعطاها علفاً أكثر أو أقل ، الى غير ذلك من الامثلة .

ومنه يعلم وجه النظر في قـول القواعد حيث قال : لـو اعاره دابة لحمل معين لم يجز له الزيادة ، ويجوز له النقصان ، وفـي مفتاح الكرامة : الحكم الاول مما لا خلاف فيه لاصالة عصمة مال الغير ، وعدم جواز التصرف به الا بما اذن فيه ،وأما الثاني فللاولية العرفية ، وفيه انه لااولوية مطلقاً ، ولذا كان المحكى عن المسالك والروضة وجامع المقاصد وغيرها منع الاولوية لاختلاف الاغراض في ذلك ، وهو كما ذكروه لا كما ذكره .

(مسألة ـ ٢١ ـ) قال في الشرائع: «اذا جحد العارية بطل استيمانه ولزمه الضمان مع ثبوت الاعارة » .

وكذلك قال في القواعد : وهو المحكى عن المبسوط والتحرير والارشاد وغيرهما ، بل عن المبسوط نفي الخلاف فيه ، لكن لايخفى ان الكلام على اطلاقه غير تام ، اذ ربما يكون معذوراً في الجحود أو ناسياً أو ما أشبه ذلك ، وحيث قد ذكر تفصيل الكلام في ذلك في مبحث الوديعة والبابان من باب واحد ، لا داعي الى تكراره هنا .

ثم قال الشرائع : اذا ادعى التلف ، فالقول قوله مع يمينه ، وأما لو ادعى الرد ، فالقول قول المالك مع يمينه ، لكن مقتضى القاعدة ان القول قوله مع يمينه مطلقاً في الامرين ، اذ مقتضى كونه أميناً قبول قوله ، سواء في التلف أو في النقص أو في العيب أو في الرد أو في غير ذلك ، وهو حاكم على قاعدة البينةعلى المدعى واليمين على من أنكر، وقول الجواهر :« الائتمان لا يقتضي تصديقه في الرد وقبوله في الوديعة للنص لا لذلك ، ولا لانه قبض لمصلحة المالك بخلافه هنا ، والا لاقتضى في الوكيل بدون جعل ذلك ، فالعمدة حينئذ ما ذكرناه».

غير ظاهر الوجه، نعم ان تم الاجماع غير المحتمل الاستناد لزم القول بذلك في عدم قبوله في الرد .

قال في القواعد : ويصدق المستعير في ادعاء التلف لافي الرد ، ونقل في مفتاح الكرامة تصديقه في ادعاء التلف عن التذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية وقال: وقد يلوح ذلك من من اقتصر على ذكر عدم قبول قوله في الرد ، وفي الرياض : انه لا خلاف فيه ، سواء ادعاه

بأمر ظاهر أو خفى لانه أمين ولامكان صدقه ، فلو لم يقبل قوله لزم تخليده الحبس.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في ماعن مجمع البرهان ، حيث أشكل على ذلك وقال : «ان ما استندوا اليه ليس بحجة قاطعة والقياس على الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضرورة، لان لايلزم سد باب الوديعة، فان كان اجماع أو نص والا فالقواعد تقتضي ان القول قول المالك كما في الرد ، لانه مدع والمالك منكر ، والفرق بين الرد والتلف مشكل، نعم يمكن قبول قوله في موضع لايمكن الاشهاد» .

اذ فيه ما لايخفى ، فانّ مقتضى كون الامين مؤتمناً انه يقبل قوله في كلا المجالين ، ثم ان مفتاح الكرامة قال عند قول العلامة : «(لافي الرد) كما في الكتب التسعة المتقدمة مع زيادة النافع وايضاحه والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان ، وفي الرياض انه لايعلم فيه خلافاً للاصل ، وانه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعى ، فانه انما قبض لمصلحة المالك خاصة» .

وقد عرفت وجه النظر في ذلك ، فالقول بتساوي الرد والتلف هو مقتضى القاعدة ، ثم على قولهم بالاختلاف بين المقامين لو رده، لكن لو قال المستعير رددته ألزم البينة ولا بينة له ويحلف المعير مما يوجب خسارته ، فهل يجوز له أن يدعي التلف حتى يتخلص من ذلك الظاهر كون ذلك من باب جواز الكذب للمصلحة ، فان قلنا به بما يشمل المقام مطلقاً أو في الجملة قلنا به هنا جاز والا فلا، ثم لو جاء المستعير بشيء وادعى انه هو المستعار وشك المعير في انه لـه ، أو ان المستعير بدلـّه الى غيره كان القول قول المستعير أيضاً، لانه مؤتمن، منتهى الامر ان للمعير حق الحلف عليه ، وقد تقدم الكلام في حلفه .

(مسألة ـ ٢٢ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : « لو فرط في العارية أو تعدى وتلفت كان عليه قيمتها عند التلف اذا لم يكن لها مثل والا كان عليه مثلها ، وقيل : أعلى القيم السوقية من حين التفريط الى وقت التلف أخذاً له بأشق الاحوال كالغاصب الذي فيه مع ذلك أقوال أخر أيضاً ، ولكن لاريب في ان الاول أشبه باصول المذهب وقواعده ، لانه وقت اشتغال الذمة بالعوض الذي هو بدل العين ، ورده قائم مقام ردها، نعم لو كان التفاوت في القيمة لنقص في العين اتجه الضمان حينئذ كما هو واضح » .

لكنك قد عرفت في كتاب الغصب وغيره ان مقتضى القاعدة أعلى القيم الى وقت التسليم ، لان القيمي بالتلف ينتقل الى الذمة ، لاان قيمته تنتقل الى الذمة فهو يطلب منه دابة ، وحيث لايتمكن وقت التسليم من تسليم الدابة لفرض كونها قيمية وجب عليه اعطاء القيمة له ، فانه ظاهر (ماأخذت) .

وأما كونه أعلى القيم ، فلانه واضع يده على أعلى القيم ، وان كان في حال التسليم نزلت قيمة الدابة ، فيشمله دليل على اليد ، اللهم الا أن يقال : انه مثل المثلي الذي ليس عليه الا تسليم مثله ، وان كانت ارتفعت القيمة في الاثناء ثم تنزلت فلايجب عليه الا القيمة يوم التسليم ، سواء كانت مرتفعة أو منخفضة، وسواء ارتفع في الاثناء أملا ؟

ثم انه قال في الشرائع : ولو اختلفا في القيمة كان القول قول المستعير ، وقيل : القول قول المالك والاول أشبه ، وماذكره المحقق هو مقتضى القاعدة لاصالة البراءة الموافقة لنفي الزائد الذي يدعيه المالك ، أما القول الاخر الذي يقول بأن القول قول المالك فقد استدل له بأن أشق الاحوال موجب للبراءة اليقينية ، وبأن المالك أعرف بملكه، لكن كلا الدليلين لايقاوم دليل القول الاول.

ولذا قال في الجواهر : لادليل على أخذه بأشق الاحوال على وجه يشمل المقام والشغل بغير مااعترف به المستعير لم يثبت، ثم ان من الواضح انكون القول قول هذا أو قول ذاك ، فيما اذا لم تكن البينة وأهل الخبرة مما يدخله في قسم الاستبانة الذي قال عنه الامام عليه الصلاة والسلام، والاشياء كلها على ذلك حتى تستبين أو تقوم به البينة، والا لم تصل النوبة الى قول ذاك .

وكيف كان، فقول المحقق هو الذي نقله مفتاح الكرامة عن السرائر والنافع وكشف الرموز والارشاد والمقتصر والتنقيح وايضاح النافع ومجمع البرهان والكفاية والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ، وقد أضاف هؤلاء انّه كذلك مع التضمين أيضاً، خلافاً للتحرير والتبصرة، حيث قيداً بالتفريط فقط بدون ذكر التضمين .

وفي مفتاح الكرامة ليس ذلك خلافاً ، بل لعله للتنبيه على الاخفى أو الاغلب، قال : وقال الشيخ في النهاية : واذا اختلف المستعير والمعير في قيمة العارية كان القول قول صاحبها مع يمينه ، فان اختلفا في التفريط والتضييع كان على المعير البينة، فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة وهو الذي يفهم من المقنعة والمراسم، وبه صرح في الوسيلة قال : وان اختلفا في القيمة كان القول قول المعير وهو المحكى عن القاضي .

وقال في الغنية : واذا اختلفا في مبلغ العارية أو قيمتها أخذ ما أقر به المستعير وكان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك بدليل الاجماع ، وحكي مثل ذلك في المختلف عن التقي ، الى آخر ماذكره السيد العاملي (رحمه الله).

وعلى أي حال، فهل تقديم قول المستعير على ماذهب اليه المشهور، واخترناه

لانه أمين أو لاصل البرائة اختلفوا في ذلك ، لكن الظاهر الاول ، لانـه مقتضى الامانة ، فكما يسمع قوله في أصل التلف يسمـع قوله في الخصوصيات أيضاً ، لان جميع ذلك مشمول لكونـه مؤتمناً ، وان القول قوله فلا تصل النوبة الـى أصل البرائة ، وان كان موافقاً له ، فان الاصل أصيل حيث لادليل .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في القواعد : لو قال : أعرتك حماري لتعيرني فرسك، فالاقرب الجواز، وقد نقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والايضاح وجامع المقاصد، واستدل لذلك في محكى التذكرة والايضاح بأنه شرط ، وليس بعوض ، لان المقتضى للعوضين عقد واحد ، وهنا ليس كذلك .

وعن جامع المقاصد تعليله بوجود المقتضى وانتفاء المانع ، لان المذكور شرط لاعوض ، ولاريب ان العارية عقد يقبل الشرط الذي لاينافي مقتضاه، وليس الشرط عوضاً انما العوض ماجعل مقابلا كهذا بهذا، وأشكل عليهم مفتاح الكرامة بأن هذا شرط ينافي مقتضى العقد ، وقد قالوا في باب شروط البيع ان الشرط داخل في أحد العوضين ، وقالوا في مواضع انه جزء من الثمن ورتبوا على ذلك مارتبوا .

وتبعه الجواهر فقال: «ليس في الادلة مايقتضى اختصاص المنافاة بمثل العوض لا الشرط ، بل المفهوم منها انها نوع من البر والمعاونة والاحسان ونحو ذلك مما ينافيه ذكر العوض ولو على طريق الشرط ، نحو : أعرتك كتابي لتهبني عشرة دراهم مثلا ، بل لا فرق فيه بين اشتراط استحقاقه بعقد آخر كهبة وعارية ونحوهما وبين استحقاقه في عقدها ضرورة منافاته للتبرع المزبور كما هو واضح » .

لكن مقتضى القاعدة الصحة ، وانه اذا كانت المقابلة بمنزلة القيد فلم يفعل المستعير بطلت العارية تلقائياً ، سواء كان القيد مقارناً أو متأخراً ، واذا بطلت كان للمعير الاجرة على المستعير ، اذ لم يعطه المال مجاناً والمستعير لم يدخل على المجانية .

أما اذا كانت المقابلة من باب الشرط حق للمعير الفسخ بالشرط فيأخذ الاجرة وعدم الفسخ فلا اجرة له ، ولايخفى ان المجانية مقتضى اطلاق العارية لامقتضى

العقد حتى يكون الشرط منافياً لمقتضاه ، والفرق بين الفسخ بالشرط أو بأصل جواز العارية ان الاول يصح حتى بعد انقضاء العارية ، لانه من الامور الاعتبارية، والعرف يعتبر ذلك بخلاف الثاني ، فاذا فسخ في الاول ترتب أثر الفسخ من الاجرة على ماعرفت .

ولاجل ماذكرناه من كون القاعدة الصحة رجع مفتاح الكرامة عن اشكاله وقال :« لكن قد يقال : ان هذا ليس من ذاك، ونظرهم في المقام الى ماقالوه في باب القرض بشرط البيع محاباة من انه لو قال له : أقرضتك هذه المائة درهم بشرط أن تزيدني خمسين درهماً كان حراماً وربا، لان الزيادة جاء بها العقد بنفسه، وانه لو قال له : وأقرضتك هذه المائة بشرط أن تبيعني دارك التي تساوي مائة بخمسين فلا ربا ، لان هذه الزيادة جائت بواسطة عقد آخر ، ومانحن فيه من هذا القبيل ، فانه اذا قيل له : أعرتك بدرهم ، فالعوض جاء به العقد الواحد ، واذا قال له: أعرتك بشرط أن تعيرني، فقد جاء العوض بواسطة عقد آخر » .

لكن ربما يشكل في عدم مجيء الربا في الصيغة الثانية ، لان أدلّة الربا شاملة لمثله أيضاً ، لانه من فساد المال ، ولاينافي عدم الصحة في باب القرض الصحة في المقام لشمول أدلة العارية له ، ثم انه لايجب على المستعير عارية مااشترطه المعير على ماذكره التذكرة والقواعد وجامع المقاصد ومفتاح الكرامة والجواهر .

ثم انك قد عرفت الفرق بين القيد والشرط ومع الشرط بين الفسخ وعدم الفسخ ، فاطلاق غير واحد من الفقهاء انه لو لم يعر الثاني فالاقرب ان له الاجرة محل نظر ، وان علله بعضهم بأن الاذن في الانتفاع لم يقع مطلقاً مع سلامة النفع ، فاذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض ، وآخر بأن كل شرط صح في

عقد يثبت الفسخ بفواته، فاذا فسخت العارية انتفى مبيح العين بغيرعوض فوجبت الاجرة .

كما يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد بأن عقد العارية في غاية الضعف ، ولذا يعول فيه على قرائن الاحوال كظروف الهدايا وثمرته في غاية الضعف وهي الاباحة فتنتفي ثمرته بأدنى سبب ، وهو انتفاء الشرط لاان انتفائه يسلط على الفسخ كما في العقد اللازم القوي الذي ثمرته التمليك مثلا واللزوم فان انتفاء الشرط فيه يسلط على فسخ اللزوم بخلاف عقد العارية المطلوب فيه مجرد الاباحة فليس الشرط فيه الا شرطاً للاباحة ، فاذا انتفى انتفت ، اذ فيه انه لافرق بين العقد اللازم والعقد الجائز بأن أثرهما باق مالم يحصل فاسخ .

وكأنه الى ماذكرناه نظر الجواهر في رده لهذا الكلام بقوله : « ان هذا الكلام مرجعه الى تعليق الاذن في المنفعة الخاصة على الشرط المزبور فحيث يحصل تحصل وان انتفى انتفت ، فهو تعليق محض لايجامع صحة العقد ، وخصوصاً اذاكان المعلق عليه العارية في الزمان المتأخرمثلا ، فان استيفاءالمنفعة الان قبل مجيء المعلق عليه بالاذن التي هي مقتضى صحة العقد فلاتتعقبه اجرة والا لم يصح الانتفاع ، ودعوى البقاء مراعي كما ترى » .

وان كان في كلامه الاخير نظر ، لان مقتضى القاعدة البقاء مراعي لماعرفت من انه من الامور الاعتبارية والامور الاعتبارية خفيفة المؤنة والنظر العرفي الى انه يصح الفسخ ولو بعد انتفاء الوقت .

ومنه يعلم ان كلام الجواهر رداً على من قال: (بأنه اذا فسخت العاريةانتفى مبيح العين بغير عوض فوجبت الاجرة) بقوله: وفيه ان ذلك ان تم فانما يؤثرفيما سيأتي ، أما ماسبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا ، غير ظاهر الوجه كقوله بعدذلك

فالمتجه حينئذ على الصحة عدم استحقاق الاجرة ، وان لم يعر الثاني لعدم كونه مستحقاً عليه بعقد لازم ، اذ فيه ان استحقاقه عليه بالعقد ، وان لم يكن بلازم ، مما اقتضى أن يكون مقابلا لاعارته استحقاق الاجرة على ماعرفت .

ثم قال في القواعد : لو قال: أعرتك الدابة بعلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل ، وكذا أعرتك الدابة بعشرة دراهم .

وفي جامع المقاصد : « ان التحقيق أن يقال : ان أراد المصنف بقوله فهي اجارة فاسدة انها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة مقابلة بعوض ، ومن حيث الحكم باعتبار وجوب اجرة المثل ، اذ المالك لم يبذل المنفعة مجاناً وامتناع معنى العارية لانتفاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه فهو حق،وان أراد لفظ العارية مراد به الاجارة البتة ، ولايقع على هذا العقد اسم العارية الفاسدة فليس كذلك ، ومن أين يعلم والاصل في الاستعمال الحقيقة ، نعم شبهه بالاجارة الفاسدة أكثر، فلعل المصنف أراد هذا المعنى فيندفع الاشكال عن كلامه».

وما ذكره المحقق الثاني هو مقتضى القاعدة ، ولايستشكل على ذلك بأن العارية لو كانت صحيحة لم يلزم عليه شيء، فكيف يلزم عليه شيء بالعارية الفاسدة لانه لو كانت صحيحة لترتب العوض فليكن كذلك على الفساد ، فيكون مانحن فيه منطبقاً على قاعدة (مايضمن بصحيحه يضمن بفاسده) وهذا هو الذي اختاره الجواهر ، وان قال في الاخير: وان كان ذلك كما ترى ، ولم يعرف وجه الاشكال فيه ، ثم لايخفى ان الفرق بين المثالين في كلام القواعد هو ان المثال الاول ما اذا كان العوض والمدة مجهولين، والمثال الثاني ما اذا كانت المدة فقط مجهولة.

نعم قال في مفتاح الكرامة : «لم يستجود في التذكرة كونها اجارة فاسدة ، وفي كلامه بعد ذلك مايقضي بأنها عارية صحيحة ، فقال : له الانتفاع فيها بالاذن

ولاتضر الجهالة في العوض ، ولافي المدة لكونها من العقود الجائزة » .

قلت : الجهالة لاتضر بعدكونها عارية عرفية ، ودليل الغرر غير شامل لمثله حتى يكون منهياً من قبل الشرع ، فتشمله اطلاق أدلة العارية ، أما وجه كونها عارية صحيحة ، ففي المثال الاول لكون العلف غالباً على المستعير ، فان من يستعير دابة من زيد ليركبها الى بلد بعيد أو نحوه ، فانه من الواضح انه هو الذي يعلفه فذكره في العارية لايوجب البطلان .

وأما بالنسبة الى المثال الثاني : فلما ذكرناه سابقاً من ان المجانية مقتضى اطلاق العارية لامقتضى نفس عقدها حتى يكون الشرط خلاف مقتضى العقد ، وان كان محل تأمل ، أو ان ذلك يكون اجارة لماقد ذهب في الشرائع الى جواز الاجارة بلفظ العارية .

وعلى أي حال ، فان قصد الاجارة فلااشكال ، لان العقود تتبع القصود والالفاظ المجازية ونحوها جائزة على ماذكرناه في بحث العقود ؛ وان قصد العارية وقلنا : ان المجانية مقتضى العقد بطلت عارية وثبتت اجرة المثل على ما تقدم وجهه ، وان قلنا ان المجانية مقتضى الاطلاق صحت عارية ولزمت العشرة أو العلف .

ثم ان المحكى عن التحرير : انه لو قال: أغسل ثوبي فهو استعارة لبدنه ان كان مما لايؤخذ عليه اجرة ، وفيه ان اطلاقه كونه عارية محل تأمل ، اذ العارية تحتاج الى القصد ، ومثل هذا الشيء قد يقصد به العارية وقد لايقصد ، بل عدم القصد في أمثال ذلك هو المتعارف ، فلايقال : لمن قال لغيره : اكنس داري ، أو أحلق رأسي أو ماأشبه انه استعاره ، وان كان يصح اعارة المعير بدنه ، لان

الناس مسلطون على أنفسهم ، ولم يمنع عن مثل ذلك الشرع ، فيشمله اطلاق دليل العارية .

قال في محكى المسالك : لما كان الامر بالعمل يقتضي استيفاء منفعة مملوكة للمأمور متقومة بالمال وجب ثبوت عوضها على الامر كالاستيجار معاطاتاً ، وقد شرط المحقق في لزوم الاجرة أحد الامرين ، أما كون العامل من عادته أن يستأجر لذلك العمل ، أو كون العمل له اجرة في العادة ، والعلامة اعتبر في لزومها كون العمل ذا اجرة عادة خاصة ، ويتخرج على ذلك صور أربع :

الاول : أن يكون العمل مما يكون له اجرة عادة والعامل مما يستأجر لذلك كمالو دفع الى قصار ثوباً ليقصره أو جلس بين يدي حلاق معد نفسه لذلك فحلق فله الاجرة على القولين .

الثاني : انتفائهما معاً ولا اجرة عليهما ، ولا فرق بين كون العمل حينئذ متقوماً باجرة وعدمه اذا لم يكن له في العادة اجرة ولا أعد العامل نفسه لها .

الثالث : أن يكون العمل مما له اجرة في العادة ، ولكن العامل ليس من عادته الاستيجار له فيثبت على القولين أيضاً لوجود الشرط وهو المذكور عند العلامة وأحد الامرين عند المحقق .

الرابع : عكسه فتثبت الاجرة عند المحقق دون العلامة ومختار المحقق أوضح لما تقدم من انه استيفاء عمل محترم بالامر ، فلا يحل بدون العوض الا باباحة مالكه ولم يتحقق .

وقال في محكى الكفاية : ولا ريب في لزوم الاجرة عند اجتماع الامرين وعدمه عند عدمهما . وقال في الثالث من الاقسام الاربعة : ان مقتضى القولين لزوم الاجرة وللتأمل فيه مجال ، وفي الرابع تثبت فيه الاجرة عند غير العلامة .

أقول : الاصل احترام العمل مطلقاً ، سواء كان من المسلم أو من غيره ، وسواءكان ممن أعدنفسه لذلك أملا ؟ الااذا قصدالعامل التبرع أماقصد المستعمل التبرع فلاينفع اذا لم يرض العامل ، لان عمل الانسان لنفسه وهو سعيه والسعي للانسان فلايباح لغيره استحلاله من دون رضاه ، سواه كان عمل الاذن ،كما اذا قال له : استمع هل أقرء الغلط أم الصحيح .

أو العين ،كما اذا قال : انظر لايسرق متاعي أو لايتردى طفلي في البئر أو لايطير طائري أو لايهرب مديوني أو ماأشبه، أو الانف كما اذا قال: شم هل الدهن أو العسل أو الدواء أو ماأشبه صحيح أو فاسد، أو صحيح أو أصح، أو فاسد أو أفسد ، أو اللسان كما اذا قال : تكلم بالعقد أو ماأشبه ، أو الفم كما اذا قال : امضغ الطعام للطير أو الطفل .

أو اليد والرجل ،كما اذا قال : خذ هذا أو اذهب الى مكان كذا، أو اللمس كما اذا قال : المس الحرير هل هو ناعم أو خشن ؟ أو الماء هل هو بارد أو حار ؟ أو ماأشبه ذلك أو الفرج كما اذا قال : اذا ادخلت (في باب المحلل) كان لك كذا ، أو الكون كما اذا قال : أبق هنا حتى يخاف السارق أو الطير من سرقة المتاع أو التقاط الحب ، بل أو الفكر كما اذا كان فكره يوجب أمواجاً ينتفع بها كما يتعارف الان في بعض المدارس الحديثة ، بل وكذا اذا قال له : تفكر في حل هذه المسألة ، فاذا وصل فكرك الى شيء أعطيك كذا ، فانه أيضاً يعد من عمل الانسان المحترم .

قال المحقق القمي : تحقيق المقام ان عمل شخص لاخر من دون مطالبة العمل والامر به لايقتضي عوضاً ، لاصالة برائة ذمة الطالب، وذلك كالهبة المطلقة فانها لاتقتضي الثواب مطلقاً على الاصح، وكذلك ان طلب منه طالب ولم يشترط

المطلوب منه العوض كمن التمس من غيره أن يهب له شيئاً ووهبه ، الا اذا فهم من المقام رضى الطالب بذلك وحصل التراضي، فالعمدة بيان موضع التراضي.

فمن مواضعه التصريح بذلك ولااشكال فيه ، ومن مواضعه كون العامل ممن يكون عادته أخذ الاجرة على ذلك العمل ، سواء كان نفس العمل مما يـؤخذ عليه الاجرة كالغسال والقصار والحلاق أولم يكن كذلك، ولكن أعد نفسه لذلك مثل أن يحتاج رجل أعمى في معرفة زوال النجاسة من بدنه حين غسلها أو المبصر في الموضع الذي لايـراه من بدنه ، فيقول للاخر : انظر الى هذا الموضع ، هل زال النجاسة أم لا ؟ فان مجرد هذا النظر لايعد في العرف مما يكون له اجرة، بخلاف مالو أعد شخص نفسه لذلك وجلس عند ميضات الناس ليأخـذ الاجرة على ذلك لو اتفق اليه حاجة فيظهر الثمرة ، ويصح القول بأن له أجر مع انه ليس مما يؤخذ عليه الاجر عادة .

نعم يصح أن يجعل ذلك من قبيل ماله اجر عادة فيما لو اجره غسال اعمى ليراقبـه في ذلك، وذلك لان العمل حينئذ مجموع النظرات التي حصله الغسال في طرز يوجه لذلك ، فهو خارج عما نحن فيه ومقصودنـا بيان ان كل نظر منه بكل شخص يحتاج اليه هل هو مما يؤخذ عليه الاجرة أم لا؟ فنحن نقول بكفاية اعداد نفسه لهذا العمل لكل واحد من المحتاجين أيضاً، ويكفي في لزوم الاجرة بخلاف مختار العلامة، والظاهر ان من أعد نفسه لاخذ الاجرة على كل عمل يرد عليه أيضاً من قبيل اعداده نفسه لعمل خاص .

ثم ان ذلك يشمل مالو طلب لفظاً وقال: اغسل ثوبـي أو قصـّر كرباسي أو انظر الى موضع النجاسة، أو بغير اللفظ، مثل ان يجلس بين يدي الحلاق المعد نفسه لذلك مع كشف رأسه له، وهذا يكون من باب المعاطات فانه لايجوز في

المعاطات أيضاً تصرف أحدهما في مال الاخر بلاعوض، الى آخر ماذكره .

ومماتقدم يظهر بعض مواضع التأمل في كلامه كبعض مواضع التأمل في كلام المحقق والعلامة والسبزواري ، ثم انه قد علم مماتقدم ان الامر قد يكون على نحو الاجارة والاجرة، وقد يكون على نحو التبرع ، وقد يكون على نحو العارية .

(مسألة ـ ٢٤ ـ) فيها فروع ذكرها القواعد :

(الاول) قال: (وتصح من المستأجر) أي تصح أن يعير المستأجر ماله من منفعة العين، سواءكانت العين داراً أو دكاناً أو بستاناً أو حيواناً أوانساناً .

وعن التحرير والتذكرة وجامع المقاصد ماذكره القواعد،لكن عن الاخيرين الا أن يشترط الانتفاع بنفسه فيحرم .

أمّا ماذكره جامع المقاصد من انه اذا أعار حيث يجوز له يجب عليه ان لايخرج العين من يده ففيه تأمل، ولذا تأمل فيه مفتاح الكرامة اذا لم يشترط ، وعن التذكرة ان الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لهما انيعيراهما.

ومنه يعلم الحال بالنسبة الى سائر من له الانتفاع غيرالمخصص بنفسه،كما اذا كان له الانتفاع بالموقوف أو بالمنذور أو بالمصالح عليه أو بالموهوب أو ما أشبه ذلك ، فان الجميع من واد واحد فتشملها أدلة العارية في غير صورة التخصيص .

(الثاني) قال في القواعد: يشترط في المستعير أن يكون أهلا للتبرع عليه، ونقله مفتاح الكرامة عن التذكرة والتحرير ، لان من الاعيان ما لايجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلاتجوز اعارتها لهم ، وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً أو امة مسلمة كمافي بيع جامع المقاصد والمسالك ، وفي بيع التذكرة ونهاية الاحكام تجوز اعارته وايداعه، اذ ليس ذلك ملك رقبة ولا منفعة، ولا حق لازم، ونحو ذلك مافي بيع الايضاح ، وفي بيع الكتاب ان الاقرب جواز الايداع له والعارية عنده .

أقول: اذا عد ذلك سبيلا لم‌يجز والاجاز، ولعل الموارد مختلفة ، فقد قال

سبحانه : ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[١] لكن ربّما يقال بالجواز مطلقاً، لان العارية ليست أسوء من الاستيجار ، بل اذا جاز الاستيجار جاز الاستعارة بطريق أولى، لان عقد الاجارة لازم، بخلاف عقد العارية .

وفي حديث: ان الامام أميرالمؤمنين عليه الصلاة والسلام كان يعمل لبعض أهل الكتاب.[٢] والظاهر انه لايجوز اعارة المصحف الشريف للكافر(لنهي النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو مخافة أن يناله العدو)[٣] الا ان لايكون ذلك تسليطاً للكافر على الكتاب، وانمايعيره الكتاب المقدس ويكون بيد وكيله المسلم .

وربما يحتمل جواز ذلك حتى بالنسبة الى الكافر اذا لم يكن موضع اهانة لان النبي ﷺ كان يكتب الى الكفار الكتب ، ويصدرها ببسم الله الرحمن الرحيم ، ولا فرق بين جزء القرآن وكل القرآن، كما ان النقود في البلاد الاسلامية كانت تضرب وعليها بعض آيات القرآن الحكيم ، ومع ذلك يتناولها الكافر والمسلم كماهو معروف من غير نكير من أحد من المسلمين .

بل قد ورد في بعض التواريخ : ان السكة ضربت في زمان الامويين باشارة من الامام الباقر عليه الصلاة والسلام كما في حياة الحيوان للدميري وغيره .

وعلى أي حال ، فلا شك في ان الاحتياط في الترك ، وحيث قد ذكرنا المسألة مفصلا في [كتاب المكاسب] لاداعي الى تكرارها هنا .

---

(١) النساء : آية / ١٤١ .

(٢) الوسائل : ج ١١ص الباب من أبواب الجهاد ح .

(٣) الدعائم : ج ١ ص ٣٤٨ .

وعن التحرير أما استعارة أحاديث النبي ﷺ، وأحاديث أهل بيته المعصومين عليهم السلام فانها مبنية على جواز شرائهم لها .

ثم ان مفتاح الكرامة قال: تعليقاً على كلام العلامة في التحرير: قد استشكل في ذلك أيضاً في بيع التذكرة ونهاية الاحكام وجوّز ولده في شرح الارشاد بيع أحاديث النبي ﷺ لهم، وعن المحقق الثاني انه في حكم المصحف .

أقول: ويأتي في المقام الكلام الذي ذكرناه في المصحف، وقد ذكرنا في [كتاب المكاسب] أيضاً تفصيل ذلك ، ومما يؤيد الجواز أيضاً هو كتابات الرسول ﷺ الى الكفار، مع ان الكتاب كان حديث الرسول بلا شبهة ، اللهم الا أن يقال : ان ذلك كان من باب الاضطرار وتقديم الاهم على المهم ، لكن الجواز لايخلو عن قرب .

(الثالث) قال في القواعد : وشرطه أن يكون منتفعاً بـه مع بقائه كالثوب للبس والدابة للركوب والارض للزرع والغرس والبناء دون الاطعمة ، فان منفعتها في استهلاكها .

لكن مقتضى القاعدة ان الاطعمة اذا استعيرت لا للاستهلاك، وانما للارائة ونحوها جاز ذلك لصدق العارية فتشملها الادلة ، ولذا قال في مفتاح الكرامة : في تفسير كلام جامع المقاصد بالنسبة الى الذهب والفضة وما أشبه، معنى كلامه انه اذا صرح في الاعارة بالمنفعة الضعيفة بأن يقول : أعرنيها لاتزين بها أو لارهنها أو لاجذب قلوب الناس الى معاملتي والركون الي ، حيث يجعل تلك المنفعة مقصداً عظيماً له وان ضعفت ، انتفت المنافاة .

ثم قال مفتاح الكرامة : «وقد نبّه على ذلك كله في التذكرة، لكن يرد عليه ان ذلك يجري في اعارة الاطعمة والاشربة والحنطة والشعير وغير ذلك» .

نعم الظاهر انهم أرادوا باعارة الاطعمة والاشربة والحنطة والشعير الاعارة لاجل صرفها وافنائها، لامثل ماذكره مفتاح الكرامة، فكلامه وان كان صحيحاً ، لكنه لاينقض به عليهم .

(الرابع) قال في القواعد: في مسألة اعارة الجدار لوضع الخشب لوانهدم الحائط أوأزال المستعير الخشب باختياره أوباكراه أو انقلعت الشجرة لم يملك اعادته، سواء بني الحائط بآلته أوبغيرها مالم يجدد له الاذن .

أقول : قد ذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب الصلح]، ومنه يعلم ان مقتضى العارية ان كان الاعم من الاصل والجديد لم يكن بالتجديد بأس، والا لم يجز التجديد الا بتجديد الاذن كماهو مقتضى القاعدة، ولو شك في اطلاق العارية كان الاصل العدم .

(الخامس) قال في القواعد: يجب رد العين مع الطلب والمكنة، فان أهمل ضمن .

أقول: ماذكره هو مقتضى القاعدة، وقد أشرنا اليه في ماتقدم، وانما الكلام هنا في انه هل يجوز له التأخير الى الاشهاد أو نحوذلك ممايوجب عدم تضرره في المستقبل؟ الظاهر ذلك لقول النبي صلى الله عليه وآله (رحم الله امرءاً عمل عملا فأتقنه)[1] منضماً الى انه دفع ضرر والحكم الضرري منفي بدليل لاضرر، وحيث قدذكرنا بعض الكلام في ذلك في [كتاب الوديعة] فلاحاجة الى تكراره .

ثم ان مفتاح الكرامة قال : « ومؤنة الرد هنا على المستعير كمافي التذكرة وغيرها لانها نوع من المعروف ، فلو كلف المالك مؤنة الرد امتنع الناس من الاعارة » .

---

(١) انظر الوسائل ج ٢ ص ٨٨٣ باب ٦٠ من أبواب الدفن ح/١و٢ .

ولايخفى ضعف الدليل المذكور، وان كان الحكم كما ذكروه، وانما الدليل هو اقتضاء العارية ذلك الا اذا كان شرط على خلاف ذلك، سواء كان الشرط لفظياً أومستفاداً من قرائن الحال أوالمقال .

(السادس) قال في القواعد: والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك .

أقول ، ما ذكره هو مقتضى القاعدة لوحدة الملاك في البابين ، لكن ذلك اذا لم يشترط عليه استيفائها بنفسه كما قيده بذلك جامع المقاصد .

ثم قال جامع المقاصد : والظاهر انه لايجوز له تسليم العين الا باذن المالك وهو كما ذكره ، والمراد بالاذن الاعم من الاذن الصريح أو الاذن بشاهد الحال.

وفي صحيحة علي بن جعفر ، عن أخيه عليه السلام في رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فنفقت فقال : ان كان شرط ان لايركبها غيره فهو ضامن ، وان لم يسم فليس عليه شيء.[١]

وقد حملها في اجارة جامع المقاصد على ما اذا كان هناك اذن أو على ما اذا لم تخرج من يده ، كما اذا اركبه اياها وهي في يده تمسكا بعموم تحريم مال المسلم الا عن طيب نفسه الا ان يوجد المخصص ، وهو كما ذكره ، فان الظاهر ان الموجر والمستأجر لايقصدان الخصوصية .

أما اذا قصدا الخصوصية لم يجز ذلك، ومثل الدابة غيرها من الدار والدكان والبستان والحمام والكتاب واللباس وغير ذلك ، لوحدة الملاك في الجميع .

(السابع) قال في القواعد : ولو ادعى المالك الغصب صدق مع اليمين وله اجرة المثل ، وفي مفتاح الكرامة :كما في التذكرة والتحرير والمختلف

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٢٥٧ الباب ١٧ من أبواب الإجارة ح ٣ .

وجامع المقاصد ومزارعة المبسوط والشرائع والارشادوجامع المقاصدوالروض والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والسرائر فيما حكى عنها .

أقول : هو مقتضى القاعدة لان المتصرف يدعي العارية والاصل عدمها وليس المقام من قبيل ادعاء المالك الاجارة والمتصرف العارية حيث قدتقدم التحالف، لان المالك لايدعى شيئاً ، وانما قوله موافق للاصل ، بل المتصرف يدعي فعليه البينة ، لكن عن الشيخ في الخلاف ان القول قول المتصرف ، لان المالك يدعي عليه عوضاً والاصل برائة ذمته منه ، وربما أيد ذلك أيضاً بأن الاصل في فعل المسلم الصحة ، وانه لايفعل شيئاً مخالفاً للشريعة ، ولكن لايخفى عليك ما في الدليلين .

اذ يرد على الاول : ان المهم في الدعوى المصب لا المآل كما ذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره .

ويرد على الثاني : ان الاصل في فعل المتصرف الصحة معارض بكون الاصل في قول المالك الصحة أيضاً ، لانه لافرق في مثل هذا الاصل بين القول والفعل، واذا تساقطا كان المرجع عموم البينة على المدعى واليمين على من أنكر، بالاضافة الى ان جريان أصل الصحة في فعل المتصرف غير ظاهر ، ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره في التذكرة دليلا لكون القول قول المتصرف بأن الظاهر من اليد انها بحق .

قال في مفتاح الكرامة: وأغرب فيها في باب المزارعة فقال: ان القول قول المتصرف وعليه الاجرة والارش وطم الحفر وله ازالة الزرع، وفي جامع المقاصد: انه سهو قطعاً .

ومما تقدم ظهر ان قول القواعد : ولو ادعى المالك الغصب الخ لايريد

انه مدع ، بل أراد انه (قال) بقرينة قوله صدق مع اليمين .

ومما تقدم يعلم حال ماإذا بعض المالك فقال : انه كان الى شهر عارية وبعد شهر الغصب ، اذ لا فرق بين أن يدعي ان بعد الشهر كان الغصب ، أو أن يدعي انه من الاول كان غصباً ، الى غير ذلك من صور التبعيض .

(الثامن) قال في القواعد: ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه، بعد التلف وادعى المالك الاعارة ، فان اتفقت الاجرة والقيمة أخذها المالك بغير يمين ، وان زادت القيمة أخذها باليمين .

وعن التحرير وجامع المقاصد موافقته، وقد عرفت ان أمثال المقام من باب التحالف لادعاء كل واحد منهما شيئاً خلاف ادعاء الاخر ، وليست الدعوى من قبيل المدعي والمنكر .

وفي مفتاح الكرامة قال : والوجه في الاول أعني اتفاق الاجرة والقيمة ظاهر ، لان ذلك القدر لازم على كل من التقديرين ولا محصل للاختلاف، وفي الثاني ان المالك اذا حلف على نفي الاجارة انتفت فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت ، وانما ذكر تسويغ استيجاره لانه لم يصدق بيانه ، وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى .

ثم قال القواعد ممزوجاً مع مفتاح الكرامة : وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين ، أي اذا أدى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك اذا حلف على نفي الاجارة ولا عوض للمنفعة المستوفات باقراره بالعارية ، وان وجب على مدعي الاستيجار اجرة مدة كون العين في يده بزعمه .

وهو كما ذكراه ، لكن على المتصرف اذا علم انه المحق بينه وبين الله ايصال الاجرة الى المالك ، لان دعواه العارية لايسقط حقه، وليس ذلك من الاعراض،

نعم لو كان المتصرف شاكاً لم يجب عليه شيء بعد كون الاقرار حجة على المقر.

ومنه يعلم حال ماإذا كان المتصرف شاكاً، ولكن وارثه كان عالماً بأنه استيجار فانه يجب على الوارث ايصال الاجرة اليه .

(التاسع) قال في القواعد : ولد العارية المضمونة غير مضمون .

وفي مفتاح الكرامة : هذا خاص بما اذا كانت مضمونة بالاشتراط فيمايؤثر فيه الشرط لاكولد الصيد المحرم وشبهه، ووجه عدم ضمانه ان الاذن في اثبات اليد عليه مستفادة من فحوى عارية الام وليس داخلا في العارية ، ولا فرق بين كونه منفصلا أو حملا ، ويجيء على قول الشيخ ان الحمل جزء من الام ضمانه ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة ان العاريّة لو كانت شاملة لهما فلا ضمان فيهما ، وكذا ان كان الام من باب العارية والولد من باب الوديعة . أما في غير هاتين الصورتين فمقتضى على اليد الضمان ، لان الاذن في اثبات اليد لايخصص دليل اليـد .

ومنه يعلم حال ماإذا كان حيوانان توأمين سواء متصلا أو منفصلا، فان أعار أحدهما يأتي في صنوه الكلام في الولد ، وكذلك في كل أمرين متلازمين .

(العاشر) قال في القواعد: لو رده الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرء .

أقول: مراده انه لو رد العارية الى من جرت العادة بقبضه لها كما في مفتاح الكرامة ، ووجه ذلك ظاهر ، لان اللازم أن يكون الرد الى المالك الا اذا كان تصريح أوقرينة حالية أومقالية من المالك بالرد الى الاعم .

ومنه يعلم ، ان قول أبي حنيفة اذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها

مقبوضة لان رد العواري في العادة تكون الى املاك صاحبها ، ان أراد ماذكرناه صح والا لم يكن تاماً، وكأنه فهم منه التذكرة الاطلاق ولهذا غلطه ونقض عليه برد السارق المسروقة الى الحرز .

ومنه يعلم عدم الفرق في أن يكون أخذ الدابـة منه أو من وكيله وسائسها ومثل الدابـة غيرها في هذا الحكم من الكتب والالبسة والاثاث وغيرها وحتى غيرالمنقول أيضاً ،كما اذا تسلم المستعير الدار من وكيل المعيـر وأوضح من ذلك اذا تسلمها من الغاصب، فانه لايحق له أن يرجعها اليه، وكذلك اذا تسلمها من وكيل المعيـر ثم عزل أو وليّـه ثم سقط عن الولايـة ، الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) فيها فروع :

(الاول) لو أعار ممراً الانسان حق له فسخ العارية واذا مات ولم يفسخ حق لوارثه الفسخ، سواء كان ممر ذلك الانسان منحصراً بذلك الممر أو غير منحصر، لان مقتضى العارية جواز الفسخ على ماعرفت، وقد أشار الى ذلك المحقق القمي.

نعم لو جعل العارية لازمة شرطاً في ضمن عقد لازم ، ونحو ذلك، لم يكن له الفسخ بدليل المؤمنون عند شروطهم ، ولو لم يعلم وارث المالك هل حقه في المرور من باب العارية، أو من باب الاباحة، أو من باب شرط، أو اجارة أو ما أشبه، فالظاهر ان له حق الفسخ، لان لزومه منفي بأصل العدم .

نعم لو اختلفا كان كما تقدم في مسألة الاختلاف في الاجارة والعارية حيث يكون من موضع التحالف ، وبعد التحالف يكون الحق لصاحب الممر ، ولا فرق في ذلك كله بين أن يكون الممر الى الدار أو الدكان أو الحمام أو البستان أو الماء أو غير ذلك .

ولو كان المستعير باع داره أو دكانه أو ما أشبه فيما اذا كان الممر عارية وكان المشتري جاهلا بذلك حق له الفسخ لانه عيب، وان لم يسترجعه المعير، أمّا اذا لم يكن للمعير الحق في الاسترجاع فان دخل المشتري على ان الممر ملك للبائع حق له الفسخ أيضاً لانــه ليس بملك ، وأمّا اذا دخل على أن يكون له المرور فحسب فلا حق له في الفسخ .

(الثاني) لو أعطى انسان أرضاً لغيره ليبني فيها أو يزرع أو ما أشبه فبنــى وزرع ونحو ذلك ، ثم ان المعطــي للارض يريــد اخراج المتصرف ، فان كان الاعطاء بعنوان الصلح أو البيع أو ما أشبه من العقود اللازمة لم يحق له ذلك .

وأمّا اذا كان بعنــوان العارية حق له ذلك على ما تقدّم تفصيلــه في بعض

المسائل السابقة، وحكم وارث مالك الارض حكم المالك، كما ان حكم وارث المتصرف حكم المتصرف كما ألمع الى ذلك المحقق القمي .

(الثالث) لو لم يعلم المستعير اطلاق العارية في أن يتصرف فيها كيف شاء أو يتصرف فيها في شيء خاص، كما اذا استعار الدابة ثم شك في انه كانت العارية لاجل الركوب أو الاعم منه ومن الحمل .

فالظاهر انه لاحق له في التعدي عن القدر المتيقن، لانه تصرف في ملك الغير لم يعلم اجازته له، فالاصل العدم ، وكذا لو علم بأن العارية شملت شهراً من الزمان أو قدراً خاصاً من المسافة وشك في الزائد فالاصل عدم التصرف فيها في التفاوت الزماني أو المكاني .

ومنه يعلم ، انه لو كان بين الشيئين المتردد بينهما عموم من وجه حق له التصرف في الجامع لا في مادتي السلب، أمّا اذا كان الشك بين المتباينين ، فالظاهر انه لايحق له أن يتصرف في أي منهما الا أن يقال : انه من باب قاعدة العدل يحق له التصرف في نصفيهما لكنه مشكل .

(الرابع) هل يجوز استعمال العارية الى حد التلف أو لايجوز الاّ الى حدّ يبقى للعارية شيء من القيمة؟ احتمالان ، بل قولان: استدل الاول: باطلاق دليل العارية .

والثاني: بأن معنى العارية رد العين بعد الانتفاع بها ومع حصول التلف لايمكن رد العين، والظاهر ان عارية العين لاتشمل الى حد التلف .

نعم قد يجيز المالك الى حد التلف فيكون من انضمام الاباحة الى العارية وذلك لامانع فيه، وذلك كما اذا قال له: اعرتك الكتاب وأجزت لك أن تستعمله الى حد التلف أو ما أشبه ذلك .

(الخامس) مقتضى القاعدة ان ارث ورثة المستعير للعارية يتوقف على كون العارية مطلقة أو خاصة، ولو شك اقتصر على المورث لاصالة عدم جواز تصرف الوارث فيها، ولو كانت مطلقة ففي كيفية الارث أيضاً يتبع قدر اعارة المعير فقد يكون الارث بتساوي الذكر والانثى، وقد يكون بالتفاضل، وهذا ليس من الارث حقيقة كما هو واضح .

(السادس) قال المحقق القمي : اذا مات زيد عن بنت وابنتين وله دور فسألت البنت اخوانه أن يسكنوها في دار معيّنة من تلك الدور فأجابوها وقالوا انه من مال أبينا وأبيك فاسكني فيها ، وقالت البنت لزوجها عمرو : هذه الدار لنسكن فيها فان اخواني أجازوا لي سكونها فعمّرها الزوج وصرف في عمارتها مالا كثيراً، فلما عمرت الدار ندم الاخوان ومنعوها عن السكنى ولم يزاحمهم اختهم في ذلك ، فكيف حال الزوج والمال الذي صرف فيها والعمل الذي عمل فيها ؟

ثم أجاب: ان هذه الاجازة من الاخوان لاختهم من باب العارية في قدر حصتهم لجواز اعارة المشاع وكفاية مطلق اللفظ الدال على العارية لكونها من العقود الجائزة فيكفي فيها لفظ اسكني فيها ، بل وقد يكفي الفعل الدال على الايجاب ، بل ربما قيل بكفاية حسن الظن بالتصديق بالانتفاع بماله في تحقق العارية كما ذهب اليه العلامة في التذكرة وجماعة .

والظاهر ان مرادهم الاكتفاء بشاهد الحال في تحققها يعني ان هذا اذن في الانتفاع، وأما ان المعتبر في شاهد الحال هل هو القطع أو يكفي الظن ؟ فهو كلام آخر، والاحوط فيه اعتبار القطع، وليس المراد ان آية سورة النور تدل

على ذلك بمفهوم الموافقة، اذ الانتفاع بالعين مع بقائها بحالها أسهل من أكلها واتلافها .

وعلى هذا، فلايتعدى مماذكر في الاية من الارحام وغيرهم، كما ظنه الشهيد الثاني في الروضة وذكروا من جملـة مادل عليه شاهد الحال جواز الاكل من الهدايا في ظروفها فكان ذلك من باب المعاطاة في العاريـة ، وبالجملة لاينبغي الاشكال في كون قول الاخوان لاختهـم اسكني في الدار من باب العاريـة وتحققها به .

ثم ان العاريـة لاحد يدل على جواز انتفاع أهلـه وعياله والضيف ونحو ذلك، فالعارية لاختهم تدل على اباحة انتفاع زوجها أيضاً بالسكنى، ولكن الظاهر ان المستعير هذا انما هو الاخت لا الزوج حتى يتفرع عليه أحكام العارية في حقه .

والظاهر انّها داخلة في أمر الزوج بالعمل المقتضى لكون الاجرة علـى الزوجة اذا لم يكن تبرع من الزوج فيجب على الزوجة اجرته ، فانه أمّا مـن باب الجعالة أو الاجارة المعلومة اجرتهابالعادة كما أشار اليه المحقق الاردبيلي أو الاجارة الفاسدة المستلزمة لثبوت اجرة المثل ، ولايضر في ذلك كون الزوج عالماً بكون استحقاق الزوجة لذلك من باب الاعارة الجائزة حتى يقـال : انه أقدم على تفويت ماله لعلمه بأن للاخوة الرجوع لانه لم يقدم حينئذ على تفويت ماله مجاناً ، بل انما أقدم عليه لعوض هو أما سكناه فيه أو ذلك مع الاسكان الواجب عليه لزوجته ، وأما الغرامة التي تأخذها الزوجة على فرض رجوع الاخوة الـى الاعادة للبناء والعمارة المستلزمة لخرج المال فيه وتستحقها على الاخوة ، فـان مايأخذها الزوج منهم في عوض العمل ، والمفروض ان العمل من الزوج بأمرها

المبتنى على العوض لا مجاناً فأبراء الزوجة اخوتها عن ذلك تفويت لحق الزوج فعليها الغرامة .

أقول : اذا أمرت الزوجة زوجها بالعمل والصرف بدون علم الزوج بأنّها قابلة للاسترجاع فلااشكال في ضمانها للعمل والصرف ، اذ المتعارف في مثل هذه الموارد ان الزوج انما يصرف لا مجاناً .

نعم اذا كان الزوج صرف وعمل تبرعاً بدون توقع الاجرة والعوض اذا فاته السكنى لم يكن له شيء، وان كان مع علم الزوج ففي غرامة الزوجة احتمالان:

الاول : ماذكره المحقق القمي في كلامه المتقدم .

والثاني : عدم الغرامة ، لان الضرر توجه الى الزوج من نفسه حيث انه أقدم على البناء في مكان قابل للاسترجاع فليس قول المحقق لم يقدم على تفويت ماله مطلقاً ، بل خاص بهذه الصورة أي صورة عدم اقدامه مع التزام الزوجة بذلك، ولو شك في أي الامرين فلا حق له في الرجوع عليها .

(السابع) لو استعار الفحل للضراب فأخطأ مما أفرغ في خارج الموضع فهل يجوز تكراره ؟ الظاهر انه تابع لقصد المعير ، ولو شك في قصده فالاصل عدم الجواز، هذا فيما اذا لم يكن ظاهر يؤيد هذا الطرف أو ذاك الطرف، والا فالظاهر هو المتبع .

(الثامن) كما يصح اعارة الانسان نفسه كذلك يصح اعارة الاب والجد الصغير لولايتهما عليه فيما اذا لم تكن مفسدة فتشمله اطلاقات العارية، نعم لا تصح اعارة غير الولي ، فاذا أعار لم تكن من العارية الفاسدة ، بل هو مثل اعارة الغاصب.

وفي رواية وهب ، عن جعفر ، عن أبيه : ان علياً عليهم الصلاة والسلام كان يقول : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهو ضامن . وقال : من استعار

حراً صغيراً فعيب فهو ضامن[١].

وقد حمله الشيخ على من استعار بغير اذن المالك ، وجوز حمله على من فرط وعلى من شرط عليه الضمان ، وذلك لاطلاق أدلـة عدم الضمان في العارية ولعل السر ان الغالب ان المستعير لايهتم بالعبد والصغير فيكون ممن فرط فيهما والظاهر ان القيم الشرعي والوصي والحاكم ووكيله في حكم الاب والجد بالنسبة الى الصغير ، وكذلك الحال بالنسبة الى اعارة المجنون .

(التاسع) لايبعد كراهة اعـارة الخائن ، فعن الجعفريات بسند الائمة عليهم السلام الى رسول الله صلى الله عليه وآله ، انه قال : ماابالي ائتمنت خائناً أو مضيعاً[٢].

وعن الشيخ المفيد في الاختصاص عن أبي حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : من عرف من عبد من عبيدالله كذباً اذا حدث ، وخلفاً اذا وعد وخيانة اذا ائتمن ثم ائتمنه على أمانة كان حقاً على الله أن يبتلى فيها ثم لايخلف عليه ولايؤجر[٣].

وروي الامدي في الغرر ، عن أمير المؤمنين عليه السلام ، انه قال : ثلاثـة مهلكة الجرئة على السلطان ، وائتمان الخوان ، وشرب السم[٤].

وقال عليه السلام : من علامات الخذلان ائتمان الخوان[٥].

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من كتاب العارية ح ١١ .
(٢) المستدرك : ج ٢ ص ٥٠٦ الباب ٧ من أبواب الوديعة ح ١ .
(٣) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعة ح ٢ .
(٤) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعة ح ٣ .
(٥) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٠٦ من أبواب الوديعة ح ٣ .

(العاشر) لو أعار الصبي شيئاً فأتلفه فهل هوضامن ؟ احتمالان ، من حديث رفع القلم[(١)] الشامل للوضعيات أيضاً الا ماخرج بالدليل قطعاً ، ومن ان الضمان حكم وضعي كالنجاسة والطهارة وماأشبه فلافرق بين البالغ وغير البالغ وهذا أقرب.

ويؤيد عدم الضمان مارواه دعائم الاسلام ، عن أبي عبدالله عليه الصلاة والسلام ، انه قال : من أودع صبياً لم يبلغ الحلم وديعة فأتلفها فلاضمان عليه .

نعم لاينبغي الاشكال في عدم ضمان الصبي غير المميز ، وكذلك المجنون بل من الواضح انه لاتتحقق العارية معهما .

(الحادي عشر) الظاهر صحة الاعارة والاستعارة بالنسبة الى من لهم شخصية حقوقية كالهيئة والجماعة والصندوق وماأشبه لشمول الادلة بعد كونها عارية عقلائية ومع تحقق الموضوع يشمله الحكم والقول بالانصراف الى الفرد قد ذكرنا ما فيه في [كتاب الحج] وغيره ، فان الانصراف لو قيل به فهو بدوي .

(الثاني عشر) الظاهر صحة اعارة كافر لكافر الخمر أو الخنزير، وكذلك اعارة المخالف لمثله النبيذ كما تقدم ذلك في مسألة اعارة الطعام ، أما اذا كان أحد الطرفين ممن لايستحل فلايجوز بمعنى بطلان مثل هذه العارية، نعم اعارة المسلم للمسلم أو الكافر للمسلم ، أو بالعكس الخنزير لا لاجل الاكل ، بل لاجل المنافع المحللة كأدارة الطاحونة ونحوها جائز ، اذ لادليل على المنع فيشمله اطلاق أدلة العارية .

ومنه يظهر صحة اعارة الكلب لمثل ذلك وللحراسة والصيد وماأشبه ، أما الحيوانات غير النجسة أمثال القرد وماأشبه فاعارتها أوضح .

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٩٥ من أبواب جهاد النفس ح ١ ، والخصال : ص ١٧٥ ح ٢٣٣ .

(الثالث عشر) اعـارة الحلال لمن يريـد فعل الحرام معه ان كان على نحو الداعي صحت العارية ، وان كان على نحو مصب العقد بطل ، نعم في الداعي يحرم العمل ، وان لم تكن العارية باطلة لانه من الاعانة على الاثم ،كمااذاأعار سيفه لقتل مسلم ، أو دابته لذهاب المستعير الى المخمر أو المقمر أو المبغىأو ماأشبه وصدق الاعانة وعدم الصدق عرفي،وقد ذكر الشيخ المرتضى(ره)كلاماً حول الموضوع في مسألة بيع التمرلمن يصنعه خمراً، فانالمقام من ذلكالباب.

(الرابع عشر) لـو أعار شريكان المال المشاع وشرط أحدهما الضمان دون الاخر فتلف بعضه ضمن المستعير بقدر حصة المشترط دون غيره ، ولـو انعكس بأنأعار انسان مالهلنفرين علىالنحو المشاعوشرطعلى أحدهما الضماندونغيره فاذا كان التلف من الضامن ضمن ، واذا كان من غيره لم يضمن ، واذا جهل ان التلف من أيهما كان مقتضى قاعدة العدل ان نصف التلف على الضامن .

(الخامس عشر) اختلف فيعارية المملوكة لوطيها ، لكن في روايتينعدم الجواز .

فعن دعائم الاسلام ، عن الصادق عليه الصلاة والسلام (كما في مستدرك الوسائل) انه سأل عن عارية الفروج كالرجل يبيح للرجل وطي أمتـه أو المرأة تبيح لزوجها أو لغيره وطي أمتها من غير نكاح ولاملك يمين ؟ قال جعفربنمحمد عليهما السلام : عارية الفروج هو زنا وأنا أبرء الى الله ممن يفعله[1].

وعن أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره ، بسنده الى أبي العباسقلت : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ، فقال لـه رجل : أصلحك الله مـاتقول في عاريـة

---

(١) المستدرك : ج ١٢ ص ٥٩٨ الباب ٢٤ من أبواب النكاح ح ٢ .

الفرج ؟ قال : حرام.[١]

ولعل هناك فرقاً بين العاريـة والتحليل ، أو ان الروايتين تحمل على التقية أو ماأشبه ذلك ، أما عارية الحرة فلاتجوز بالضرورة .

وعن محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عـليه الصلاة والسلام في حـديث : المدبرة التي انعتق نصفها ؟ قال : ان الحرة لانهب فرجها ولاتعيره ولاتحلله.[٢]

ومنه يعلم الكلام في اعارة الامة لغيـر الوطي مما لايحل كالقبلة ونحوها ، أما اعارة الحرة نفسها لذلك،كاعارةولي الطفلة أو الطفل لهما لذلك فلاشبهة في حرمته ، والله سبحانه العالم .

هذا آخر ماأردنا ايراده في [كتاب العارية] والله المسئول أن يتقبله بقبول حسن ، وأن يجعله مـورداً للفائدة ، والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين .

وقد انتهى الكتاب في يوم الخميس الثاني والعشرين من شهرمحرم ، سنة ألف وأربعمائة وخمسة من الهجرة ، بيد مؤلفه :

قم المقدسة **محمد بن المهدى الحسينى الشيرازى**

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٣٦ الباب ٢٤ من أبواب النكاح ح ١ .

(٢) الوسائل ؛ ج ١٤ ص ٥٤٥ و٥٤٦ الباب ٤١ من أبواب نكاح العبيد والاماء ح ١ .

المحتويات

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة

كتاب الوديعة
٧ ـ ٢٠٢

الموضوع —— الصفحة

الموضوع — الصفحة

الموضوع — الصفحة

كتاب العارية

٢٠٣ ـ ٣٥٣

الموضوع ـــــــــــــــــــــــــــــــــــ الصفحة